



Universidad  
de Alcalá

**FACULTAD DE DERECHO**

**MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESIÓN DE  
ABOGADO**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**“Los delitos contra la Administración Pública”**

**AUTOR:** Javier Morales Recio

**TUTOR:** D. Esteban Mestre Delgado

Febrero 2018



FACULTAD DE DERECHO

**MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO**

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**Presentado por:** Javier Morales Recio

**Tutelado por:** Dr. Esteban Mestre Delgado

**Tribunal de Calificación**

Presidente		
Vocal 1º		
Vocal 2º		
Calificación		
Fecha		

## RESUMEN

La prevaricación, el cohecho, el tráfico de influencias y la malversación de caudales públicos forman parte del amplio abanico de delitos que conforman el Código Penal, configurándose como delitos contra las administraciones públicas integrados en el Título XIX del Libro II del propio Código, que define con claridad y desarrolla a lo largo de sus disposiciones la regulación de estos delitos. En el presente trabajo realizaremos un análisis de las cuestiones comunes que poseen los delitos contra la Administración Pública, así como de estos delitos, haciendo referencia a cada uno de sus elementos desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Al final, se realizarán unas breves conclusiones a las que hemos llegado tras analizar cada uno de los delitos.

**Palabras clave:** Administración Pública. Autoridad. Cohecho. Funcionario público. Malversación de caudales públicos.

## ABSTRACT

The prevarication, bribery, influence peddling and missappropriation of public funds are part of the wide range of crimes that shape the Penal Code, configuring as Crimes against Public Administrations integrated under Title XIXth, second Book of the own code, which clearly defines and develops along his dispositions the regulation of these crimes. This project will makes an analysis of the common issues that have Crimes against the Public Administration, as well as that crimes, reference to each of its elements since the doctrinal point of view as well as jurisprudence. At the end, we'll do some brief conclusions that we have come after analyzing each of the crimes.

**Key words:** Agent. Bribery. Missappropriation of public funds. Oficial. Public Administration,

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>II.</b>	<b>CUESTIONES GENERALES .....</b>	<b>8</b>
	<b>1. Elementos comunes a los delitos contra la Administración Pública.....</b>	<b>8</b>
	<b>1.1 La Administración Pública como bien jurídico protegido .....</b>	<b>8</b>
	<b>1.2 Sujetos y naturaleza jurídica .....</b>	<b>9</b>
<b>III.</b>	<b>EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS .....</b>	<b>13</b>
	<b>1. Bien jurídico protegido .....</b>	<b>13</b>
	<b>2. Conducta típica.....</b>	<b>14</b>
	2.1 Tipo objetivo del delito.....	15
	2.2 Tipo subjetivo del delito.....	17
	<b>3. Autoría y participación.....</b>	<b>19</b>
	<b>4. La comisión por omisión .....</b>	<b>22</b>

<b>IV.</b>	<b>EL DELITO DE COHECHO.....</b>	<b>25</b>
1.	Bien jurídico protegido .....	25
2.	Naturaleza jurídica .....	28
3.	Conducta típica.....	30
3.1	Tipo objetivo del delito .....	34
3.2	Tipo subjetivo del delito.....	36
4.	Modalidades típicas .....	37
4.1	Cohecho pasivo .....	37
4.1.1	Cohecho pasivo propio.....	38
4.1.2	Cohecho pasivo impropio.....	41
4.1.3	Cohecho subsiguiente o de recompensa.....	42
4.1.4	Cohecho de facilitación.....	44
4.1	Cohecho activo.....	47
<b>V.</b>	<b>TRÁFICO DE INFLUENCIAS.....</b>	<b>51</b>
1.	Bien jurídico Protegido.....	52

# Los delitos contra la Administración Pública

---

1.1	Criterio del “Cumplimiento de los deberes del cargo”.....	52
1.2	Criterio del “Correcto funcionamiento de la Administración Pública.....	53
1.3	Criterio de la “Objetividad e imparcialidad”.....	53
<b>2.</b>	<b>Modalidades Típicas.....</b>	<b>54</b>
2.1	Tráfico de influencias por prevalencia del cargo.....	55
2.1.1	Tipo objetivo.....	56
2.1.2	Tipo subjetivo.....	59
2.2	Tráfico de influencias por prevalencia del particular.....	60
2.2.1	Tipo objetivo.....	61
2.2.2	Tipo subjetivo.....	63
2.3	Tráfico de influencias en la esfera privada.....	64
2.3.1	Tipo objetivo.....	65
2.3.2	Tipo subjetivo.....	67
<b>VI.</b>	<b>MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....</b>	<b>68</b>
1.	Bien jurídico protegido.....	68
2.	Naturaleza jurídica.....	70

<b>3. Modalidades Típicas.....</b>	<b>70</b>
3.1 Malversación propia.....	70
3.1.1 Sujeto Activo.....	70
3.1.2 Objeto material.....	71
3.1.3 Conducta típica.....	73
a) tipo objetivo.....	73
b) tipo subjetivo.....	75
3.1.4 Tipo agravado.....	76
3.1.5 tipo atenuado.....	78
3.2 Malversación impropia.....	79
 <b>VII. CONCLUSIONES.....</b>	 <b>83</b>
 <b>VIII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	 <b>89</b>
 <b>IX. JURISPRUDENCIA .....</b>	 <b>95</b>

## I. INTRODUCCIÓN

La mayor parte de la delincuencia que se combate en este país es aquella que se genera a manos de quienes viven en una dimensión algo diferente a la del resto de la sociedad, ya sea por cultura, religión, exclusión social, desempleo, inmigración o paro. Estas características personales de este tipo de delincuentes, generadas por el hambre, la desesperación o la pobreza, no les excusan frente a los actos que cometen.

Sin embargo, en este trabajo no vamos a hablar de este tipo de delincuentes, sino de aquellos que nadan en las altas esferas y cometen el delito únicamente por su afán de codicia o de poder.

En estos tiempos de crisis, en los que debería salir lo mejor de cada uno, máxime cuando se trata de aquellos que nos representan, llenan las portadas de revistas, periódicos y páginas de internet con escándalos de corrupción estas personas en las que la sociedad depositó su confianza, pagándonoslo con perjuicios incalculable para la colectividad.

Los escándalos descubiertos durante los últimos años, generadores de una gran preocupación y alarma social, suponen un menoscabo en los cimientos del Estado democrático, un desprestigio de las instituciones públicas que crean una pérdida de confianza y de respeto por toda la ciudadanía hacia la Administración Pública, encargada de velar por los intereses generales de los ciudadanos, tema gravísimo que hay que erradicar de inmediato. Para ello, se aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la cual se modifica nuestro Código Penal, cuyo objetivo es castigar de forma más severa la corrupción, reforzando la punición de los llamados delitos contra la Administración Pública.

Se incrementan las penas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública; se aumentan las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público en los delitos de prevaricación administrativa, cohecho o tráfico de influencias, entre otros, y se añade la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo a aquellos delitos que lleven aparejada la pena de inhabilitación especial para



empleo o cargo público, impidiendo que los condenados por este tipo de delitos estén alejados durante un tiempo de cualquier cargo electivo.

El propósito de este trabajo es realizar un estudio de la corrupción, de los delitos contra la Administración Pública. Concretamente, vamos a hablar de los delitos de prevaricación administrativa, cohecho, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos. En él, podemos distinguir cinco bloques bien diferenciados:

El primero, correspondiente al capítulo II, será el referente a cuestiones generales de los delitos contra la Administración Pública: innovaciones traídas por la reforma, qué se entiende por funcionario y la relación que esto supone para los siguientes delitos

El segundo, el capítulo III, estudia el delito de prevaricación administrativa: análisis del bien jurídico protegido, como se comete el tipo, y quién puede realizarlo.

En el tercero, el capítulo IV y más extenso del trabajo, nos encontramos el estudio del cohecho. Analizaremos en profundidad el delito de cohecho en su modalidad pasiva y activa.

En el cuarto, el capítulo V, analizaremos el delito de tráfico de influencias, tanto la problemática doctrinal en cuanto al bien jurídico protegido como sus diferentes modalidades

En el quinto, el capítulo VI, estudiaremos el delito de malversación de caudales públicos y cómo ha quedado regulado tras la última reforma del Código Penal.

Para la realización de este análisis, se han tenido en cuenta desarrollos doctrinales de especialistas con diferentes criterios de interpretación de la norma, y jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto anterior como posterior a la reforma.

## II. CUESTIONES GENERALES

### 1. Elementos comunes a los delitos contra la Administración Pública

Pese a la heterogeneidad que pueden suponer estos delitos en sus dimensiones: contenido, alcance o penalidad, existen factores comunes en ambos como el bien jurídico protegido al que afectan, la naturaleza jurídica o los sujetos. Es decir, son los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

#### 1.1 La Administración Pública como bien jurídico protegido

En lo referente a los delitos contra la Administración Pública, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la cual se reformó nuestro Código Penal, tiene como objetivo luchar contra la corrupción de manera más dura, aumentando la punición de estos delitos para adecuarlos a la normativa internacional.

Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público han aumentado en delitos como prevaricación administrativa, cohecho y tráfico de influencias, entre otros. Se ha introducido la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a todos los delitos que lleven aparejada la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, impidiendo de esta manera que cualquier condenado por uno de estos delitos pueda optar a un cargo electivo durante su condena. Por todo esto, decimos que se han endurecido las penas de todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de las Administración Pública.

Estos delitos, recogidos en el Título XIX del Libro II del Código Penal, se han endurecido para proteger aún más el bien jurídico que ostentan, que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En palabras de ORTIZ DE URBINA GIMENO<sup>1</sup>, “es importante resaltar que no se protege a la Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su «prestigio» o su «dignidad», como todavía se lee en ocasiones), sino a la administración con minúscula, en sentido funcional, como instrumento al servicio de los ciudadanos”. Esto quiere decir que lo que se castiga no es que la

---

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, R. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “*Lecciones de Derecho Penal. Tercera Edición. Parte Especial.*”, ed. Atelier, Barcelona, 2011, pág 328.

Administración funcione de manera errónea, sino a las personas que son culpables de que exista un comportamiento viciado que perjudique el beneficio de la sociedad a la que sirve. Así se deriva del artículo 103.1 de la Constitución Española, cuando establece que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales, y del 106 de la misma, que contiene los principios de actuación (eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho), cuya vulneración la castiga el Código Penal en los casos más graves.

### 1.2 Sujetos y naturaleza jurídica

En este tipo de delitos, el **sujeto activo es el propio funcionario público o autoridad**, teniendo en cuenta la naturaleza inherente de su cargo. El concepto de «autoridad» o «funcionario público» no es igual en el Derecho Administrativo que en el Derecho Penal; por lo que el legislador penal ha definido ambos términos con carácter general en el artículo 24 del Código Penal, que dice:

**«1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.**

**2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».**

Como dicen ORTIZ DE UBINA GIMENO<sup>2</sup> y MIR PUIG<sup>3</sup>, a efectos penales, entendemos de estas definiciones que toda autoridad es al mismo tiempo funcionario, pero no todo funcionario es autoridad.

---

<sup>2</sup> Ibídem, pág. 329.

<sup>3</sup> MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*”, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág.22.

Del término autoridad debemos extraer dos elementos: o bien el “mando” o bien “el ejercicio de la jurisdicción propia”. Estos elementos son los que nos permitirán distinguir a la autoridad del resto de funcionarios. El término “mando” está ligado a la idea de coerción, implica coerción jurídica sin tener relación con la idea de coerción física. Debemos entender por mando la potestad de reclamar obediencia<sup>4</sup>, de manera que una desatención de un mandato de la autoridad, siempre que sea conforme a la ley, supondrá la comisión de un delito de desobediencia funcional, contemplado en el artículo 410 del Código Penal, por parte de los funcionarios. Respecto al “ejercicio de la jurisdicción propia”, la doctrina<sup>5</sup> considera que no debe entenderse simplemente al hecho de juzgar, sino en un sentido más amplio: “la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público constituido en autoridad que implique la aplicación del Derecho objetivo”<sup>6</sup>.

El concepto penal de funcionario público está formado por el elemento de la participación en el ejercicio de funciones públicas y por el título de habilitación para dicha participación, elemento de orden objetivo y de naturaleza subjetiva respectivamente. La habilitación para la participación puede obtenerse por tres títulos recogidos en el artículo 24.2 CP: disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento por autoridad competente.

En primer lugar, vamos a determinar lo que se entiende por función pública; según JAVATO MARTÍN<sup>7</sup>, existen cuatro concepciones. La primera es la teológica-subjetiva, y defiende que la función pública es la que vela por los intereses públicos y generales; la segunda, la objetiva, defiende que la función pública es la que se rige por el Derecho público; la tercera, la subjetiva, expone que se trata de cualquier acto imputable a la Administración; y, por último, la mixta o ecléctica, que es una mezcla de las posturas mencionadas previamente. Desde mi punto de vista, ésta es la más correcta porque, en el fondo, todas tienen un elemento común, que son los intereses generales de las personas. La primera vela por esto, la segunda defiende que es la regida por el Derecho público, cuya función primaria es defender los

---

<sup>4</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español. Parte especial”, ed. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1057; MIR PUIG, C., “Los delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 27.

<sup>5</sup> Entre otros QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto penal de funcionario público”, en CPC, nº 27, 1985, pág. 498; OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito de cohecho”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 163; MIR PUIG, C., “Los delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág.28;

<sup>6</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español...”, ob. cit., pág. 1058.

<sup>7</sup> JAVATO MARTÍN, A.Mª., “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, Revista jurídica de Castilla y León, nº 23, enero, 2011, pág. 157.

intereses de las personas, así como la función de la Administración, que defiende la corriente subjetiva.

Una vez aclarado el concepto de función pública, es necesario esclarecer lo que se entiende por “participación”. Según QUERALT JIMENEZ<sup>8</sup>, ejercer el cargo y participación en la función pública son términos sinónimos a efectos penales, basándose en dos argumentos: uno de naturaleza semántica, “la coloquialidad de las expresiones del Código Penal en este contexto no permite efectuar precisionismos dialécticos con su terminología”, y otro ligado a la *ratio* de la Ley: “no parece convincente el limitar la consideración de funcionario público a efectos penales únicamente a quien lo es desde el punto de vista de otros sectores del Derecho público”. Por ello, sostiene que “junto a los que desempeñan funciones públicas en el sentido del Derecho público, el Código Penal incluye otros individuos en la categoría de funcionarios, por vía de título de incorporación, los cuales de otro modo no lo serían”. Para este autor, son términos equiparables, pero existen posturas contrarias que defienden que no son equivalentes, argumentando que se puede participar en la función pública sin ejercer y sin tener cargo, pero el hecho de tener cargo necesariamente implica participación en la función pública, como defiende COBO DEL ROSAL<sup>9</sup>.

Según la jurisprudencia, son funcionarios a efectos jurídico penales los funcionarios interinos (STS de 17 de marzo de 2010), el personal laboral (STS de 16 de junio de 2003) y los que trabajan en la llamada “Administración institucional”, es decir, que tienen forma independiente e incluso personalidad jurídica propia (STS de 27 de enero de 2003), incluyéndose en este grupo las sociedades mercantiles.

También pueden participar en este tipo de delitos terceros que no son funcionarios públicos, los llamados *extranei*. Éstos solo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices, inductores...), ya que no son funcionarios, pero responderán del delito cometido por analogía.

Respecto a la naturaleza jurídica de estos delitos, se configuran como delitos especiales porque implican una cualificación especial para su comisión, ya sea funcionario público o autoridad. Dentro de ellos, podemos distinguir entre especiales propios, aquellos

---

<sup>8</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “*El concepto penal...*”, ob.cit., pág. 484

<sup>9</sup> COBO DEL ROSAL, M. (dir.), y QUINTANAR DIEZ, M., “*Artículo 24*”, en Comentarios al Código Penal, ed. Edersa, Tomo II, Madrid, 2000, pág. 50.

## Los delitos contra la Administración Pública

---

que gozan de una estructura peculiar y autónoma, y especiales impropios, ya que pueden tener una relación con delitos comunes de parecido contenido; la cualidad del sujeto activo marca la diferencia.

### III.- EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La prevaricación se castiga en el artículo 404 del Código Penal, el cual reza así: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”. Este artículo constituye el tipo básico y rector de todas las conductas de quebrantamiento funcional recogidas en el Título XIX del Libro II del Código Penal.

#### 1. Bien jurídico protegido

El objetivo de esta disposición es proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública castigando cualquier conducta antijurídica que vulnere el principio de legalidad que ha de regir la actividad de la función pública, es decir, tiene un deber de objetividad. Por tanto, y en relación con el bien jurídico protegido, lo que se protege es la correcta prestación de los servicios públicos para la ciudadanía y que se halle o se dé dentro de las funciones públicas, un adecuado sometimiento al principio de legalidad. “Y ello se predica de cuantas acciones son patrimonio de los responsables de aquella, que han de redundar en beneficio de la sociedad y alcanza a temas tan variados como por ejemplo resolver los asuntos con ecuanimidad y dentro de los cauces del Derecho, juzgar con justicia, ser impecablemente honrados y declarar o informar ante los tribunales con verdad”<sup>10</sup>.

Siguiendo la misma línea de lo mencionado anteriormente, GARCIA PAZ y JIMÉNEZ VACAS entienden que el bien jurídico protegido es “la sujeción a la legalidad y al Derecho por parte de la Administración en sus funciones y, que este interés protegido se ve lesionado cuando el funcionario al que se le encomienda y confía el ejercicio de actuaciones públicas, se separa de forma intencionada de la Ley y del procedimiento, vulnerando de esta

---

<sup>10</sup> GARCIA VALDES, C., “Una aproximación a los delitos contra la Administración Estatal”, Estudios Penales – homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suarez Montes, ed. Constituto Criminalis, Carolina, 2013, pág.

forma el orden jurídico. Cuando esto ocurre, puede entenderse que el funcionario opera arbitrariamente<sup>11</sup>.

Analizado el punto de vista de la doctrina respecto al bien jurídico, la jurisprudencia sigue unos cauces similares a la doctrina, entienden que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación no es otro que **el correcto funcionamiento de la Administración Pública**.

Así podemos observarlo en reiterada jurisprudencia y, entre otras, en la STS 225/2015, de 22 de abril, que dice que el bien jurídico protegido por el artículo 404 CP no es otro que “el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho”. En la misma línea, la STS 841/2013, de 18 de noviembre, reza: “el bien jurídico protegido por este delito es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetro constitucionales que orientan su actuación; garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal”.

## 2. Conducta típica

Del artículo 404 del Código Penal podemos extraer que existen tres requisitos para poder hablar de prevaricación: a) el mero hecho de dictar la resolución arbitraria por parte de la autoridad o funcionario público; b) que se lleve a cabo en un acto administrativo y sea injusta; c) que se dicte a sabiendas de su ilicitud. Los dos primeros son de tipo objetivo y el tercero de tipo subjetivo.

---

<sup>11</sup> GARCIA PAZ, D., y JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español”, en Diario La Ley, Sección Tribuna, 26 de marzo de 2014, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>, 11 de diciembre de 2017.



## 2.1 Tipo objetivo del delito

Los dos primeros requisitos son de tipo objetivo porque el delito consiste en **dictar una resolución arbitraria injusta en un asunto administrativo**, la cual solo puede realizarla la autoridad o funcionario público como sujeto activo. Para que pueda imputarse al funcionario el delito, debe ser autor de la resolución. La resolución constituye un elemento normativo dentro del tipo, pero debemos analizar qué se entiende por resolución. Por tanto, debemos definir el término “resolución” como cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general. El acto puede dictarse de forma expresa o tácita, escrita u oral<sup>12</sup>. Son resoluciones tanto la imposición de una multa como la concesión de una subvención.

Existen varios tipos de actos administrativos que pueden darse en la práctica en cualquier tipo de procedimiento administrativo, como son: resoluciones que no pongan fin al procedimiento, dictámenes/informes, las órdenes verbales e incluso gestuales y las disposiciones administrativas de carácter general.

Para que una resolución entre en la esfera del tipo delictivo del artículo 404 CP, no puede versar sobre actos de naturaleza no decisoria<sup>13</sup>. Es decir, se exige que los hechos trasciendan a los ciudadanos, circunstancia que no sucede para actos no resolutivos, al no involucrar a terceros. Dentro de esta noción de resolución habrán de incluirse también los actos administrativos que decidan cuestiones a lo largo del procedimiento; “así dice la Sentencia del 23 de enero de 1998...si los actos de trámite tienen contenido decisorio y están dictados por un funcionario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito administrativo, son resoluciones”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Entre otros SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, R. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “*Lecciones de Derecho Penal...*”, ob.cit., pág 360; CASTRO LIÑARES, D., “*Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre*”, en Diario La Ley, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2016, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>,

<sup>13</sup> STS 1051/2013, de 26 de septiembre

<sup>14</sup> CORDOBA RODA, J., y GARCIA ARÁN, M., “*Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*”, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004, pág. 87.

Respecto de los dictámenes o informes, hemos de decir que no constituyen en sí mismos una resolución, por lo que quedan excluidos del concepto de la propia interpretación sistemática del Código penal<sup>15</sup>. En lo referente a las órdenes verbales, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>16</sup>.

En cuanto a las disposiciones administrativas de carácter general, no pueden integrarse dentro de la noción de “resolución”, dado que equivalen a una orden que decide un supuesto en particular.

Por último mencionar que, aunque hayamos distinguido diferentes tipos de resoluciones, las que realmente interesan son las resoluciones ilegales, ya que, **si no admitiéramos las resoluciones ilegales como resoluciones, sería imposible castigar la prevaricación pues, por definición, en este delito solo caben las resoluciones ilegales**<sup>17</sup>.

Una vez analizado lo que entendemos por resolución, vamos a hablar de los otros requisitos, que son los conceptos de arbitrariedad e injusticia.

La arbitrariedad la entendemos como una resolución contraria al Derecho que depende de la voluntad o antojo de una persona y afecta a la colectividad general en ese asunto; en palabras de QUERALT<sup>18</sup>, “hace falta que sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico... La incompatibilidad radical con el ordenamiento, hoy anclada en Derecho positivo significa tanto que estamos ante una resolución caprichosa y, más estrictamente, irracional y absurda, aunque pueda estar formalmente motivada”. En este sentido, la jurisprudencia<sup>19</sup> del Tribunal Supremo ha manifestado que “se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del

---

<sup>15</sup> SSTS 761/2009, de 30 de junio, y 627/2006, de 8 de junio.

<sup>16</sup> 1. Los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia. 2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

<sup>17</sup> QUERALT JIMENEZ, J.J., “*Derecho penal español...*”, ob.cit., pág. 1063

<sup>18</sup> Ibídem, pág. 1066

<sup>19</sup> Entre otras, SSTS 766/1999, de 4 de diciembre; 723/2009, de 1 de julio; 743/2013, de 11 de octubre; 600/2014, de 3 de septiembre.

resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular”.

El término injusto es más complejo porque, aunque parezca similar al de arbitrario, no lo es. Existen cuatro teorías sobre el término injusticia (teoría subjetiva, objetiva, intermedia y mixta) pero vamos a hablar únicamente de la corriente dominante en España, la teoría objetiva. Esta teoría defiende que una conducta es injusta cuando no concuerda con el Ordenamiento jurídico, de tal modo que se considera injusta toda resolución que sea manifiestamente contraria al Derecho (por ejemplo, se impone una sanción de tráfico a un conductor que ha cometido una infracción, pero no a otros que también la cometen pero que son amigos del policía). El problema que puede darse aquí es que el Derecho no es unívoco; así ocurre cuando un tribunal falla de un lado y el órgano superior dicta lo contrario cuando se interpone un recurso; esto no significa que sea injusto, sino que se ha aplicado el Derecho de manera diferente pues no hay una única interpretación del mismo. Además, según la teoría objetiva, el funcionario que, al dictar la resolución, estuviera totalmente convencido de que la misma era objetivamente injusta, “no incurriría en responsabilidad penal si su creencia era errónea, y en realidad estaba decidiendo en forma objetivamente correcta, debiendo considerarse dicho error, como un supuesto de delito punitivo impune”<sup>20</sup>. Este comportamiento no puede ser punible porque, aunque la intención era cometer el delito, no se cumplen los requisitos del mismo. Tiene la voluntad de realizar el tipo, pero faltan el requisito del injusto y la arbitrariedad que no se produce. Del mismo modo que ocurriría si se diesen estos dos requisitos pero no existiese la voluntad de realizarlo.

### 2.1 Tipo subjetivo del delito

El tercer requisito, “que se dicte a sabiendas”, es de tipo subjetivo porque se necesita saber que se está actuando de manera contraria a la ley, es decir, de manera dolosa, desvaneciéndose la posibilidad de cometer el delito por imprudencia. Esto implica diferenciar entre una ilegalidad administrativa y una prevaricación. Pues la primera puede ser por imprudencia, error o ignorancia, que dan lugar a sanciones disciplinarias y de responsabilidad

---

<sup>20</sup> COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, “*Derecho Penal. Parte General*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 514.

civil, mientras que en la prevaricación es necesaria la plena conciencia y voluntad de cometer una injusticia de manera intencionada, es decir, actuar con dolo.

En palabras de MESTRE DELGADO<sup>21</sup>, la prevaricación es una infracción exclusivamente dolosa, en la que, para que proceda su sanción, el legislador exige que concurra, en la autoridad o funcionario autor del hecho, ánimo subjetivo específico, dictando la resolución “a sabiendas de su injusticia”, esto es, con el total conocimiento por su parte de que la decisión tomada en la resolución que dicta es arbitraria e injusta. Este elemento subjetivo requiere que el funcionario público actúe con plena conciencia de que está resolviendo un asunto administrativo evitando la aplicación de las normas que debería seguir para que la resolución fuera conforme a Derecho. Del mismo modo, conlleva que el actor conozca y asuma que con dicha actuación está ocasionando un resultado materialmente injusto.

La jurisprudencia establece un criterio similar al de la doctrina mencionada *ut supra*, en tanto en cuanto entiende que se prevaricará “cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad a cualquier otra consideración”<sup>22</sup>.

Sin embargo, el debate doctrinal sobre la expresión “a sabiendas” es un hecho. El foco de la discusión entre la doctrina radica sobre el tipo subjetivo del delito, y más concretamente, sobre dicha expresión, si abarca solo el dolo directo y el de segundo grado, o también el dolo eventual.

Parte de la doctrina española (MUÑOZ CONDE, MORALES PRATS, RODRIGUEZ PUERTA u ORTS BERENGUER, entre otros) entiende que solo comprendería el dolo directo y el de segundo grado, tanto si se parte de la teoría del consentimiento como de la teoría de la probabilidad<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra la Administración Pública*”, en LAMARCA PÉREZ, C., (coord.), “*Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal*”, ed. Colex, Madrid, 2012, pág. 702.

<sup>22</sup> Entre otras, SSTs 723/2009, de 1 de julio; 340/2012, de 30 de abril; y 225/2015, de 22 de abril.

<sup>23</sup> MIR PUIG, C., “*Los Delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág. 55.

Por otro lado, ciertos autores entienden que en la expresión “a sabiendas” cabe también el dolo eventual. Así, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>24</sup> defiende esta posición atendiendo al sentido gramatical de dicha expresión como equivalente a conocimiento; argumenta que cuando el legislador quiere incidir en el elemento intencional lo hace claramente utilizando términos como “propósito” o “intencionalidad”.

Es conocido y reiterado el ejemplo que se pone del Tribunal calificador (el Tribunal calificador de unas oposiciones tiene que dar la lista con el nombre de los aspirantes aptos en un ejercicio, pero se detecta un error en determinadas calificaciones debido a un defecto en el proceso de corrección mecanizada. Ante la urgencia de dar las calificaciones por llegar al fin del plazo, se decide no corregir dichos errores pudiendo haber pasado el ejercicio aspirantes que deberían haber suspendido y viceversa. Si este resultado se produjese, nos encontramos ante una resolución injusta y arbitraria; el órgano calificador ha tenido que tener como posible y probable dicho resultado y, aun así, ha asumido las consecuencias de aprobar a unos opositores y suspender a otros injustamente), con el cual se defiende, principalmente, el dolo eventual en esta figura delictiva, penándolo de la misma forma que el dolo directo o de segundo grado, pues el riesgo de cometer la injusticia existe y, si no se penara esta conducta, se producirían resultados ventajosos sin perjuicios punibles.

Sin embargo, la jurisprudencia se muestra bastante reticente a penar este tipo de conducta; algunos ejemplos los encontramos en las SSTS 340/2012, de 30 de abril; 228/2013, de 22 de marzo; 657/2013, de 15 de julio; o 797/2015, de 24 de noviembre.

Desde mi punto de vista, y siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, el actuar “a sabiendas” debe ser un conocimiento pleno, consciente y cuyo resultado sea materialmente injusto, a sabiendas de su ilicitud. Siguiendo este criterio, el dolo eventual no cabe en este delito, pues no concurre el elemento del tipo “a sabiendas”, ya que en el dolo eventual no tienes la certeza del injusto, sino una **duda razonable** sobre la posible injusticia, por lo que, si la imprudencia se ha eliminado como elemento subjetivo del tipo, el dolo eventual no puede concurrir por las mismas razones.

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “*El delito de prevaricación de funcionario público*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 102.

### 3. Autoría y participación

“Tanto el delito de prevaricación recogido en el artículo 404 del Código Penal, como los nombramientos ilegales tipificados en los artículos 405 y 406 del mismo texto son delitos especiales propios, que sólo pueden ser cometidos por autores materiales, quienes ostenten en los dos primeros casos la condición de autoridad o de funcionario público (en los términos establecidos en el Código Penal), y en el tercero, las personas en quienes hayan recaído la propuesta, nombramiento o toma de posesión ilegal. Además, según igualmente se ha adelantado, en los casos de órganos colegiados responden del delito todas las autoridades o funcionarios público que hayan adaptado conjuntamente la resolución arbitraria, siendo igualmente posibles las formas de participación criminal *intranei*”<sup>25</sup>.

El delito de prevaricación del funcionario público es un delito especial propio porque el círculo cerrado de autores es restringido; únicamente podrá cometerse por una autoridad o funcionario público que forme parte a su vez de un órgano administrativo. Los jueces y magistrados que integran el poder judicial quedan exceptuados de esta conducta penal, cuya prevaricación se corresponde con otra figura penal claramente tipificada en los artículos 446 y siguientes del Código Penal.

Respecto a la coautoría, no es posible, salvo en el caso de que ambos sujetos sean funcionarios, pues el particular no puede realizar actos ejecutivos directamente, aunque hablaremos más adelante de la participación que puedan llegar a tener y sus consecuencias.

Sin embargo, si estamos hablando de órganos colegiados, sí que es posible la coautoría. En el supuesto de que todos los sujetos del órgano sean funcionarios públicos, podrán ser coautores los mismos, siempre que hayan dictado la resolución arbitraria conjuntamente; pues podría darse el supuesto en el que se produzca una votación en la que un número determinado de miembros procedan a votar de forma dolosa, sin que participen todos los miembros del órgano en la misma.

En el caso citado, no todos pueden, ni deben, ser coautores, puesto que el tipo subjetivo lo han realizado un número determinado de personas, mientras que otros miembros

---

<sup>25</sup> LAMARCA, C.; ALONSO ESCAMILLA, A.; GORDILLO, I.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., “*Derecho Penal. Parte especial*”, ed. Colex, 2008.

han podido votar en contra, abstenerse o ni siquiera haber estado presente en la misma, por lo que no cabe un grado de participación de coautor para ellos puesto que no han participado en la comisión del delito.

Asimismo, la jurisprudencia admite la posibilidad de la coautoría en un órgano unipersonal, cuando exista un reparto conjunto o de común acuerdo, o una cadena productiva de resoluciones que son firmadas por la Autoridad correspondiente, dando lugar a lo que un sector de la doctrina denomina «coautoría sucesiva»<sup>26</sup>. Esto puede producirse cuando un funcionario dicta un informe vinculante a sabiendas de su injusticia y, después, otro funcionario dicta una resolución en la misma línea sabiendo de su injusticia.

Existe un debate doctrinal acerca de la concurrencia de una autoría mediata en el delito de prevaricación. El ejemplo más utilizado resulta el de un funcionario que le pide a su secretaria particular que destruya una serie de documentos que custodia por razón de su cargo. La razón del debate radica en la posibilidad de que exista una autoría mediata en los delitos especiales propios, cuando un funcionario utiliza un instrumento no cualificado —un *extraneus*—, de tal forma que el *extraneus* no podrá ser autor del delito porque no está dentro del tipo, ya que no es funcionario ni autoridad, pero el *intraneus* será autor mediato cuando utilice a dicho sujeto para la consumación del delito.

Sin embargo, el delito de prevaricación, además de ser un delito especial propio, se trata de un delito de propia mano, pues los elementos objetivos del tipo necesitan de por sí que el funcionario realice todos los actos por sí mismo: **dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo**. Lo que supone que queda excluida la autoría mediata pues, al tratarse de un delito de propia mano, no cabe utilizar un instrumento para cometer el delito, sino que ha de realizar el comportamiento antijurídico por sí mismo<sup>27</sup>.

Distinto es el tema de la participación, donde sí se puede plantear la posibilidad de castigar a quienes no sean funcionarios o autoridad como inductor o cooperador necesario.

---

<sup>26</sup> FAMILIAR SÁNCHEZ, A., “LA prevaricación administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, nº1, Sección comentarios de jurisprudencia, Tomo I, enero, 2002, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>, 14 de noviembre de 2017

<sup>27</sup> MIR PUIG, C., “Los delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 73.

Esta opinión es respaldada por el Tribunal Supremo<sup>28</sup>, que admite la participación del *extraneus* en la ejecución de los delitos especiales propios, es decir, que en el caso de que alguno persona no sea ni funcionario ni autoridad, participe con alguno de éstos en la comisión del delito de prevaricación, podrá responder como inductor o cooperador necesario del ilícito cometido por el *intraneus*. No obstante, no tendrá la misma pena el *extraneus* como el *intraneus*; se les impondrá la pena inferior en grado debido a que no tienen la cualidad de funcionario o autoridad conforme al artículo 65.3 del Código Penal.

CÓRDOBA RODA<sup>29</sup> defiende que el *extraneus* no cumple las características que requiere este tipo de delitos, que son: a) Idoneidad limitada a la hora de vulnerar el bien protegido; b) menor capacidad lesiva del *extraneus*; c) posición jurisprudencial que respalda la pena atenuada para la participación en delitos especiales propios; d) naturaleza sancionadora de la pena pensada para ser aplicable solo a los sujetos activos, concluyendo que el *extraneus* que participa en el tipo de prevaricación administrativa, realiza una conducta que de por sí no origina responsabilidad penal. Desde mi punto de vista, la conducta que realiza, bien es cierto, que no origina responsabilidad penal por su condición, pero es un medio para producir el tipo, por lo que entendemos que es un medio necesario para su consumación.

Por último, el sujeto pasivo es la comunidad, en general, en tanto que beneficiaria de la capacidad prestacional conforme a Derecho y, eventualmente, un particular (como perjudicado)<sup>30</sup>. Este delito afecta de manera interna a la propia Administración, pero tiene una trascendencia externa muy importante, ya que su actuación injusta repercute en el conjunto social, así como en los particulares, al verse afectados sus derechos individuales.

#### 4. La comisión por omisión

En primer lugar, vamos a ver qué nos dice el artículo 11 del Código Penal respecto de la omisión: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán

---

<sup>28</sup> Entre otras, SSTs 537/2002, de 5 de abril; 37/2006, de 25 de enero; 303/2013, de 26 de marzo; y 600/2014, de 3 de septiembre.

<sup>29</sup> CÓRDOBA RODA, J., y / GARCÍA ARÁN M. (Dir.), “Artículo 404”, en CÓRDOBA RODA, J., “Comentarios al Código Penal, parte especial”, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 1916 y 1917.

<sup>30</sup> QUERALT JIMENEZ, J.J., “Derecho penal español...”, ob.cit., pág. 1063



cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

En virtud de este artículo, destacamos que el criterio rector lo constituye la equivalencia y que los delitos de comisión por omisión solo serán realizables cuando se trate de delitos de resultado, excluyendo de esta manera a los de mera actividad. Sin embargo, esta cuestión ha sido debatida doctrinalmente, defendiendo, una parte, la imposibilidad de cometer un delito de mera actividad mediante comisión por omisión, y argumentando la otra que los delitos de mera actividad pueden llevarse a cabo directamente por omisión, a través de lo que alguna doctrina denomina “omitir confluente”<sup>31</sup>.

De un lado, GIMBERNAT expone que “los delitos de actividad no se caracterizan por que no producen un resultado —puesto que todos los delitos tienen un resultado y si no lo tuvieran no perjudicarían a nadie, y entonces el Derecho Penal no tendría ninguna legitimación para intervenir—, sino únicamente porque el resultado se produce simultáneamente con la actividad”<sup>32</sup>. Lo que se exige en los delitos de resultado es una distancia espacio-temporal entre la acción y el resultado material (por ejemplo: en el delito de hurto, tomas la cosa pero no se consuma el delito hasta que tienes la disponibilidad sobre ella), mientras que en los delitos de mera actividad concurren simultáneamente el resultado y la actividad llevada a cabo. En esta línea, GONZÁLEZ CUSSAC expresa que “el delito de prevaricación es, en cuanto a su contenido de injusto, un delito de lesión. Pero si con el vocablo «resultado» se quiere decir que esta infracción requiere la producción de un cambio en el mundo exterior (...) no estamos en absoluto conformes con que el delito de prevaricación sea un delito de resultado”<sup>33</sup>.

El debate doctrinal sobre la comisión por omisión en este precepto penal es evidente, pero, al tratarse de un delito de mera actividad, la comisión por omisión no cabe pues la conducta llevada a cabo por un funcionario debe ser realizada de propia mano. El delito de

---

<sup>31</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>., “*El delito de omisión. Concepto y sistema*”, ed. Bosch, Barcelona, 1986, pág. 351; MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág.66.

<sup>32</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “*Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual*”, en *Política Criminal y Reforma Penal*, ed. Edersa, Madrid, 1993, pág. 589.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, C., “*Los delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág. 66.

prevaricación se castiga objetivamente por una conducta inadecuada de un funcionario, no por la no realización de la misma.

Es cierto que se ha admitido la posibilidad de concurrir en comisión por omisión cuando una determinada conducta administrativa no se realiza y sus consecuencias equivalgan a la denegación —se pone de ejemplo la actuación de un alcalde que debía expedir un certificado de empadronamiento, el cual debía haberse entregado en el plazo de uno o dos días y se expidió meses después tras presentar querrela (acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 30 de junio de 1997, STS 674/1998) <sup>34</sup> —.

Si bien se puede entender que se dan los elementos del tipo cuando la actuación de la Administración equivalga a denegación, porque la interpretación jurídico-penal debe tener unos límites, los cuales no pueden servir para que determinados empleados públicos tengan inmunidad en su actuación, no significa que la comisión por omisión sea algo habitual ni normal en el delito de prevaricación, pues, al tratarse de un delito de mera actividad, su consumación se produce a la par que se realiza la acción y precisamente ésta no acción es la que no debe entenderse como prevaricación en los demás casos.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia más reciente sigue pronunciándose en ambos sentidos, pues la STS 619/2013, de 5 de julio, establece un delito de prevaricación en comisión por omisión argumentando el acuerdo del Pleno alcanzado en 1997. Pero también se manifiesta en la otra línea, pues la STS 731/2012, de 25 de septiembre, revoca la condena de comisión por omisión en el delito de prevaricación por no concurrir el significado que trae equivalente a denegación.

---

<sup>34</sup> “ha de recordarse que la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1997, recogiendo ya lo expresado por las sentencias de 28 de octubre de 1993; 29 de octubre de 1994 y 27 de diciembre de 1995, así como por el acuerdo de unificación de criterios adoptado por el Pleno en su reunión el 30 de junio de 1997, estima que cabe incurrir en responsabilidad por prevaricación en comisión por omisión, cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación”.

## IV. EL DELITO DE COHECHO

El delito de cohecho se encuentra tipificado, en sus distintas modalidades, en el Capítulo V, del Título XIX, del Libro II, artículos 419 a 427 del Código Penal. Debido a los reiterados escándalos de corrupción producidos en los últimos tiempos, más la necesidad de cumplir las obligaciones contraídas por España a través de Tratados, se han modificado las penas para este tipo de delito, concretamente la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, así como el derecho de sufragio pasivo, como hemos mencionado al comienzo del trabajo.

En el año 1947, el Tribunal Supremo definió el cohecho como “la corrupción de un funcionario público, realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio de sus cargos”<sup>35</sup>, pero actualmente, tras el paso de los años y la evolución del delito, se entiende el delito de cohecho cometido por autoridad o funcionarios públicos (artículo 419 Código Penal) como aquella acción consistente en recibir o entregar, por sí mismo o a través de un tercero, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o promesa para obtener cualquier tipo de beneficio, ya sea económico o de otra naturaleza, a cambio, en palabras de CARDONA TORRES<sup>36</sup>, “de excluir o invertir la obligación que tienen de actuar de forma imparcial y objetiva”. En resumen, con la tipificación de este delito, se castiga al funcionario que, en el ejercicio de sus funciones se vende o acepta algo a lo que no tiene derecho, es decir, se corrompe. Igualmente se castiga al particular que compre o corrompa al funcionario, o tenga la intención de hacerlo. Se trata, con ello, de proteger la integridad del funcionario y su lealtad con respecto al Estado, cuya persecución y castigo aliviará a la Administración y al Erario público de una de las lacras que más han lesionado la confianza del ciudadano en sus administradores<sup>37</sup>.

### 1. Bien jurídico protegido

Tradicionalmente, el delito de cohecho encabezaba los denominados “delitos de corrupción” —actualmente conocido y constituido como uno de los delitos contra la

---

<sup>35</sup> Entre otras, SSTs 84/1996, de 5 de febrero; 391/1998, de 16 de marzo; y 323/2013, de 23 de abril.

<sup>36</sup> CARDONA TORRES, J., “*Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*”, ed. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 501.

<sup>37</sup> GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J. (coords), “*Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*”, ed. Bosch, 1998, Barcelona, pág. 72.

Administración Pública—, cometidos tanto por funcionarios públicos o autoridades, como por particulares. Se entendía como un delito de doble vertiente ya que, de un lado, se consideraba como un delito especial, al regular el conjunto heterogéneo de delitos en los que intervienen autoridades o funcionarios públicos —cohecho activo—, y de otro lado, se trataba de un delito común al cometerlo un particular —cohecho pasivo—; “pero esta terminología resulta un tanto equívoca al no tener en cuenta quien de los dos ha tomado la iniciativa corruptora”<sup>38</sup>.

Debido al debate doctrinal mencionado, no existe unanimidad en cuanto al bien jurídico del delito de cohecho. De una parte, algunos autores<sup>39</sup> entienden que el bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de cohecho, y que lo que se protege es el principio de imparcialidad de la actuación administrativa. Por otro lado, otros autores, como OLAIZOLA NOGALES<sup>40</sup>, entienden que lo que se tutelan son las condiciones externas e internas del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Una vez mencionadas las dos posturas, nos posicionamos sobre la primera y considero que el bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho es el mismo: el interés de que los funcionarios no incurran en corrupción con la finalidad de preservar la objetividad e imparcialidad de la Administración. Los ciudadanos tienen, o deben tener, confianza en la Administración, certeza de que actuará de manera imparcial y objetiva, sin mediar intereses privados. En esta línea, se ha manifestado el Tribunal Supremo: “El delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y, asimismo, la eficacia del servicio público encomendada a éstos. Se trata, pues de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud y eficacia de la función pública sino también de garantiza la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal”<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibídem*.

<sup>39</sup> Entre otros, VALEIJE ÁLVAREZ, I., “*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*”, ed. Edersa, Madrid, 1996, págs. 30 y ss.; RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*El delito de cohecho: Problemática Jurídico-Penal del soborno de funcionarios*”, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 78 y ss.

<sup>40</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., “*El delito de cohecho...* ob.cit., pág. 111.

<sup>41</sup> STS 1612/2012, de 14 de marzo; AP Barcelona en Auto 1999/1690, de 24 de marzo.

A raíz de lo mencionado anteriormente, uno de los fines principales es proteger el principio de imparcialidad y los fijados en el apartado primero del artículo 103<sup>42</sup> de la Constitución Española. Este precepto constitucional señala que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, y que deben aplicarse instrumentos de organización y control que permitan la máxima satisfacción de los mismos, con el fin de intentar evitar intromisiones de cualquier clase en la aceptación y consecución de cualquier tipo de acto o decisión de la Administración Pública, y estos deben tratar los intereses generales de manera objetiva<sup>43</sup>.

Por todo ello, el principio de imparcialidad en la Administración se define como el deber que tiene esta de obrar con objetividad o indiferente frente a los diferentes grupos de presión o políticos. En relación con el bien jurídico mencionado, se nos presenta como un bien jurídico medial necesario para obtener la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad, es decir, la obligación de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos<sup>44</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el bien jurídico es “la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función”, y este es violado a través de “infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública y, por su parte el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado”<sup>45</sup>.

Tras haber mencionado tanto las posturas doctrinales como jurisprudenciales, a mi entender, el hecho de que existan diferentes modalidades de este delito no significa que el bien jurídico sea diferente en función del tipo ante el que nos encontremos. No es relevante hablar de quién ha iniciado el delito porque el bien jurídico recae sobre la conducta que se realiza, o se tenga intención de realizar, independientemente del tipo ante el que nos encontremos. Los valores constitucionales que se pretenden proteger son los mismos en

---

<sup>42</sup>“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

<sup>43</sup> MESTRE DELGADO, E., en el colectivo coordinado por LAMARCA PÉREZ, “*Derecho Penal. Parte especial*”, ed. Colex, 6ª Edición, Madrid, 2011, pág. 695.

<sup>44</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., “*El tratamiento penal de la corrupción...*”, ob.cit., pág. 31.

<sup>45</sup> SSTs 1612/2012, de 14 de marzo; 2180/2010, de 17 de mayo.

cualquier modalidad, cuya finalidad es garantizar la conducta imparcialidad, neutral y objetiva de la Administración.

### 2. Naturaleza jurídica

Tradicionalmente, se ha defendido que el delito de cohecho se trataba de un delito de carácter bilateral en el que era necesario, para su tipificación, la acción de dos sujetos o más y la existencia de un pacto entre ambos<sup>46</sup>, quien realizaba el ofrecimiento y quien recibía la dádiva. Los defensores del carácter bilateral del cohecho argumentaban que “la necesaria intervención de más de una persona en el hecho no puede por sí sola conducir a afirmar la existencia de un solo delito, pues ni las conductas de los distintos sujetos activos son idénticas, ni se contemplan en un mismo precepto. Se trata, por tanto, de dos delitos distintos, en los que son subsumibles de forma independiente la conducta del funcionario y la del particular”<sup>47</sup>. Es decir, se afirmaba que la realización del tipo exigía el acuerdo de dos personas —aunque se castigase de manera distinta al funcionario del particular—, entendiéndose como “un contrato sinalagmático, en el que era imprescindible por tanto, la presencia de dos partes”<sup>48</sup>.

Sin embargo, la postura y opinión mayoritaria actualmente, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, es el reconocimiento del carácter unilateral del cohecho en cuanto que el Código plantea dos figuras distintas de cohecho —cohecho activo y cohecho pasivo—, “sin que le sean aplicables las reglas de la coparticipación criminal, ya que para la consumación de los respectivos tipos, bastará la unilateral iniciativa, o la mera proposición o solicitud, sin que sea exigible un acuerdo de talante corruptor”<sup>49</sup>. En opinión de VALEIJE ALVAREZ<sup>50</sup>, se trata de un delito unilateral por varias razones. En primer lugar, las dos figuras de cohecho quebrantan bienes jurídicos distintos, en tanto que el cohecho activo quebranta el normal funcionamiento de la Administración, mientras que el cohecho pasivo es un delito contra la

---

<sup>46</sup> MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho en la reforma del Código Penal*”, Diario la Ley, número 7603, de 4 de abril de 2011, pág. 2.

<sup>47</sup> RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit., pág. 92.

<sup>48</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit., pág. 216.

<sup>49</sup> GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J. (coords), “*Delitos contra la Administración Pública...*”, ob.cit., pág. 72.

<sup>50</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., “*El tratamiento penal de la corrupción...*”, ob.cit., pág. 40.

integridad de la gestión administrativa. En segundo lugar, son delitos independientes entre sí, ya que la consumación puede producirse separadamente y desaparece el pacto o acuerdo entre funcionarios y particular. En tercer lugar, el cohecho pasivo es un delito especial propio, ya que se necesita la condición de funcionario o autoridad, mientras que el cohecho activo es el que comete el particular, sin exigencia de cualificación profesional alguna. Por último, la cuarta razón consiste en que ambas figuras se encuadran en artículos diferentes, y a la hora de cometer el hecho cada persona incurre en una figura distinta.

Una vez aclarado el carácter unilateral del delito de cohecho, debemos dilucidar si se trata de un delito de mera actividad o de resultado. Según lo que establece la jurisprudencia, el delito de cohecho es un delito de mera actividad y no de resultado. Así lo establece el Tribunal Supremo: “El delito de cohecho es un delito formal o de mera actividad que se perfecciona en cuanto el agente realiza la acción típica, con independencia de que se produzca o no el resultado finalísticamente perseguido”<sup>51</sup>. Esto quiere decir que la mera intención de cometer la acción delictiva es suficiente para cometer el delito, aun cuando no se produzca el objetivo final. Con la mera proposición u ofrecimiento del particular de la dádiva, y que el funcionario acepte o solicite la misma, es suficiente para que cada uno de ellos responda por los hechos constitutivos de delito. En este sentido, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado que la consumación del delito de cohecho se produce con la mera solicitud u ofrecimiento de la dádiva, sin que sea necesaria la aceptación, el abono de la misma ni la realización de la contraprestación ofrecida<sup>52</sup>.

Por lo tanto, el tipo delictivo se producirá desde el momento en que la conducta prevista en la Ley es cumplida por el sujeto cuando el funcionario solicite la dádiva o la acepte, pero debe quedar constancia de que dichas acciones se han producido, pues la sospecha no castiga el ilícito. Llegó al Tribunal Supremo un asunto<sup>53</sup>, en el cual un acusado, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, auxilia a algunos particulares pasándoles información para que tuviesen cuidado en sus actividades de tráfico de drogas, ya que compañeros de este Policía estaban investigando alrededor de ellos. El Tribunal Supremo absolvió al Policía del delito de cohecho al afirmar que la solicitud de dádiva o promesa

---

<sup>51</sup> STS 4242/1979, de 16 de noviembre.

<sup>52</sup> Entre otras, SSTs 512/1994, de 9 de marzo; 1096/2006, de 16 de noviembre; y 1612/2012, de 14 de marzo.

<sup>53</sup> STS 1048/2010, de 30 de noviembre.

constituye una declaración de voluntad concreta, seria y precisa, dirigida a determinada persona, circunstancias que en este caso no aparecer debidamente acreditadas<sup>54</sup>.

Dicho esto, para la responsabilidad penal por un delito de cohecho, no basta la mera sospecha, simples hipótesis o indicios de que se está cometiendo el ilícito penal. La ineficacia probatoria únicamente dará lugar a la absolución del acusado.

### 3. Conducta típica

La conducta típica del delito de cohecho radica en tres tipos de actuaciones:

#### a) Solicitar

La acción de solicitar se contempla en los artículos 419, 420, 421, 424.1 y 427.1 del Código Penal de forma explícita, por realizar un acto propio del cargo con la finalidad de obtener un resultado injusto o delictivo.

Al solicitar, el funcionario expresa su voluntad de pedir algo a un tercero, normalmente al particular que intenta acceder a la Administración en cualquiera de sus formas. Existe unanimidad de opinión de la doctrina al aceptar que la solicitud puede ser expresa o implícita, a través de actos concluyentes que lleven la certeza de que se está solicitando una dádiva, recompensa, favor o presente a cambio del acto —u omisión— que el funcionario vaya a realizar siempre en relación a su cargo<sup>55</sup>.

Una parte de la doctrina entiende que, para que se produzca la solicitud, debe recibirla de quien se quiere obtener algo, es decir, que pueda entender y comprender lo que se le solicita y las repercusiones o beneficios que podría aportar su aceptación. Es un acto de comunicación que ha de constar de dos partes: emisor y receptor. Sin embargo, otra parte de la misma duda si el destinatario debe comprender el significado de la misma. Pongamos de ejemplo a una persona sorda que no comprendiese más que el lenguaje de signos. Si el funcionario se comunica con él oralmente, ésta persona no sabrá nunca lo que se le está

---

<sup>54</sup> “No se han acreditado los elementos que debían integrar el delito del artículo 423 del Código Penal, en particular la entrega de dádiva, presente, promesa o favor en beneficio de... La única prueba es la presunción de que debió recibirla, pero sin hallarse apuntalada por algún elemento probatorio de refuerzo. LA estimación de este motivo hace inaplicable el artículo 423 del Código Penal, procediendo a la absolución del recurrente”.

<sup>55</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., “*El delito de cohecho...* ob.cit., pág. 231.



solicitando ni lo que implica, faltando un factor necesario para la comunicación. Si supiese que esta persona es sorda y tratase por todos los medios que la solicitud llegue, nos encontraríamos ante una conducta dolosa del funcionario.

Distinto sería si el funcionario conociese dicha discapacidad y aun así se comunicase de forma oral con el particular. En este caso, una parte de la doctrina entiende que existe una falta de intención de que su solicitud llegue al destinatario, por lo que puede deducirse que existe una ausencia de ánimo, ya que no hay un interés real en que la solicitud sea atendida y, por tanto, faltaría uno de los elementos principales del dolo.

Desde mi punto de vista, la comunicación no es necesaria, pues se trata de un delito de mera actividad, como ya hemos mencionado anteriormente en el trabajo. La mera proposición ya indica el ánimo de cometer el delito, aunque la otra parte no entienda o comprenda y, al producirse la proposición en todos los supuestos, no cabe argumentar la falta de ánimo por parte del funcionario si no se produce una comprensión por la parte receptora. Si bien es cierto que podría tratarse de un error vencible, ya que el ánimo existe y solo una circunstancia ajena al autor ha impedido que se produzca el entendimiento, en ningún caso ausencia de dolo del funcionario, que deberá ser castigado, pero en grado de tentativa.

Lo que sí es cierto es que estos casos pueden ser muy complejos a la hora de solucionarlos, pues la ausencia de capacidad probatoria de este caso es notable. Al no existir una comunicación real como tal, en el mejor de los casos solo existiría una mera sospecha o indicios de que el ilícito se ha producido y, como ya hemos mencionado anteriormente, la ineficacia probatoria únicamente dará lugar a la absolución del acusado.

Por todo esto, a mi modo de ver, la comunicación puede ser un elemento necesario para demostrar el ilícito, aunque pueden existir otros medios para la exteriorización de la voluntad del funcionario como cámaras o traductores —que tendrían el papel de cómplices o cooperador necesario según el caso—, pero no un elemento necesario para cometer el ilícito.

### b) Recibir

En el caso de la recepción de la dádiva, presente o regalo, es necesaria la participación activa del particular que entrega u ofrece<sup>56</sup>.

En esta ocasión, la iniciativa la lleva a cabo el particular, independientemente de si la recepción obedece a una acción posterior a una solicitud del funcionario. Para que se produzca el tipo, el funcionario debe ser conocedor de por qué recibe el regalo, pues en ignorancia no se produce el tipo, ya que no existe una contraprestación posterior o anterior a la que achacar el presente.

Además, este conocimiento de traslado de la dádiva tiene que ser recíproco; el particular tiene también que conocer que da para recibir una contraprestación, un favor, un acto u omisión que le beneficie por parte del funcionario, o que da atendiendo a la posición o cargo que este ocupa. De no ser así, el particular da libremente y sin esperar nada a cambio, y el funcionario recibe sin realizar u omitir actos en el ejercicio de su cargo, luego no hay acción típica, *ergo* no hay delito<sup>57</sup>.

Por ello, es necesario que se produzca un acuerdo entre las dos partes para que se produzca la entrega de la dádiva, ya sea de manera directa o indirecta, explícita o implícita, pero lo que realmente interesa es que el provecho llegue al patrimonio del funcionario, o al de un tercero por medio o intervención de éste.

Se ha discutido mucho sobre si la recepción de dádivas debía ser siempre un beneficio patrimonial, tangible, de valoración económica. Actualmente, la posición de la doctrina es prácticamente unánime argumentando que el hecho de que la dádiva no pueda valorarse económicamente no significa que no se recibe y que lo sea como contraprestación a un acto en el ejercicio del cargo del funcionario público, por consiguiente se comete la acción típica<sup>58</sup>. Esta argumentación la sostenía un parte de doctrina antiguamente, pero tras la introducción de la palabra “favor” a la lista de posibles formas de pago de cohecho, se dispuso el debate doctrinal existente, dando fuerza a que la dádiva no tiene por qué tener carácter patrimonial. Como dice MESTRE DELGADO, lo que se precisa tan solo es que el funcionario o autoridad

---

<sup>56</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit., págs. 229 y ss.

<sup>57</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., “*El tratamiento penal de la corrupción...*”, ob.cit., pág. 111.

<sup>58</sup> GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*”, ed. Edisofer, Madrid, 2011, págs. 235-236.

actúe con la única intención de obtener un beneficio para sí o para un tercero por su intermediación<sup>59</sup>, y este beneficio así considerado plantea menos discusión ante la aceptación común doctrinal que acepta la necesidad de la valoración económica de la dádiva, pero admite los supuestos en los que no es posible evaluar ese valor, pero sí reporta un beneficio al funcionario<sup>60</sup>.

Desde mi punto de vista, la recepción de la dádiva dependerá de la naturaleza de la misma, por lo que lo que importa realmente es la adquisición de la misma de forma permanente o temporal (puede ser un coche o un favor sexual). Por todo ello, decimos que la conducta se puede realizar de dos formas: Recibiendo la dádiva de carácter económico o cuyo valor económico no se pueda determinar; o no devolviendo algo que ya está en posesión del funcionario (por ejemplo, un derecho de arrendamiento se transforma en propiedad).

### **c) Aceptar**

Esta conducta del funcionario significa la aprobación de una oferta futura de dádiva o presente. Aquí no se discute la cualidad del presente o su valor económico, pues se consuma el delito con la mera declaración de aceptación, siempre y cuando, como ya hemos mencionado anteriormente, el funcionario conozca que tal aceptación supone la realización de una contraprestación injusta a cambio de lo que se ofrece, por su condición de funcionario. Es posible que, una vez alcanzado el acuerdo mediante la aceptación, la entrega de lo prometido se demore sin que tal circunstancia incida sobre el injusto ya cometido, pues la entrega o recepción de la dádiva, si con anterioridad se produjo el acuerdo, no supone más que el agotamiento del delito y consumado<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> MESTRE DELGADO, E., en *“Delitos contra la Administración Pública...”* ob.cit, pág. 719.

<sup>60</sup> POZUELO PEREZ, L.; DÍAZ-MAROTO; VILLAREJO, J. (Director), *“Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011 de 28 de enero”*, ed. Civitas, 2011, pág. 586.

<sup>61</sup> RODRIGUEZ PUERTA, M.J., *“El delito de cohecho...”*, ob.cit, págs. 177; SSTs 9 marzo 1994 (RJ 1994, 1832) y 30 de mayo 1995 (RJ 1995, 4506).

### 3.1 Tipo objetivo del delito

Como dice GARCÍA VALDÉS, el delito de cohecho “parte fundamentalmente, de pedir dádiva, favor, retribución o promesa de cualquier clase —no exclusivamente monetaria— para actuar, en el ejercicio de las funciones del cargo, contaminando la imparcialidad y la objetividad de la decisión tomada u omitida por tal obsequio pagado y por el interés privado patrimonial”<sup>62</sup>. Por esto, decimos que el instrumento del delito, o elemento objetivo, es la dádiva o regalo, favor o retribución de cualquier clase, ofrecimiento o promesa, conceptos que son sinónimos pues lo único que podría distar es la promesa, ya que no se entregaría en el acto, sino posteriormente.

Con la reforma del Código Penal con la LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujo el término “favor”, pero hay que precisar su significado y, para ello, tomaremos las palabras del exmagistrado de la Audiencia Nacional Javier GÓMEZ BERMÚDEZ<sup>63</sup>, que entiende que el término favor no es del todo acertado. Hay que distinguir entre “favor” y “favorecimiento”.

El término “favor” es un referente de bondad en las razones humanas, e implica la realización de un bien sin que el otro lo pida y, sobre todo, sin que al hacerlo se produzca daño a tercero, el que hace el favor no espera contraprestación presente o futura alguna. Éste concepto no es el que el Código utiliza, sino que lo entiende como sinónimo de favorecimiento o corruptela, que se produce cuando alguien solicita de otro un acto menor que le beneficia sin ofrecer ni pedir el dador, en principio, contraprestación alguna.

Una vez aclarado el concepto “favor”, vamos a identificar al o a los beneficiarios para que se cometa el tipo.

Las dádivas o presentes pueden tener como beneficiario al funcionario como a un tercero. En el caso de que beneficie a un tercero, ¿debe el funcionario beneficiarse del acto delictivo, aunque sea de manera indirecta, para que se cumpla el tipo? Al respecto, doctrina<sup>64</sup> y jurisprudencia<sup>65</sup> coinciden que es indispensable que el funcionario resulte beneficiado de

---

<sup>62</sup> GARCIA VALDES, CARLOS, “Una aproximación a ...”, ob.cit., pág. 279

<sup>63</sup> GÓMEZ BERMÚDEZ, J., Ponencia “Prevención y Sanción de la Corrupción Pública y Privada”, 2010, p 134.

<sup>64</sup> MORALES PRATS, F., y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1676; BLANCO CORDERO, I., “Del cohecho”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir), “Comentarios al Código Penal”, ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1583.

<sup>65</sup> Entre otras, SSTs 363/008, de 13 de junio; 990/2013, de 30 de diciembre; y 14/2015, de 16 de enero.

algún modo, ya sea directa o indirectamente, pues de lo contrario significaría que el mismo no actúa por motivos contrarios a los intereses generales que representa. Pero el beneficio indirecto no tiene por qué ser algo material, puede ser la voluntad de que se otorgue dicho beneficio a un tercero, ya sea un regalo al cónyuge, hijos o parientes del funcionario, incluso empresas.

En virtud de lo anterior, no sería constitutivo de delito el hecho de que el funcionario solicite dinero a los particulares para llevar a cabo un acto contrario a los deberes del cargo, el cual no le aporta ningún beneficio personal, directo o indirecto, sino que beneficia a los intereses generales; como dice GARCÍA VALDÉS, no concurre este tipo delictivo cuando lo que persigue el sujeto activo son beneficios para el erario público, y no para sí mismo o un tercero<sup>66</sup>.

Dicho lo anterior, resulta inadmisibile, desde el punto de vista del carácter fragmentario del Derecho Penal y del principio de insignificancia o inadecuación social, castigar la aceptación del funcionario de cualquier clase de obsequio, por insignificante que sea el mismo<sup>67</sup>. Los objetos de escasa valoración económica o los que no excedan de los “usos habituales, sociales y de cortesía” establecen el límite para la consumación del tipo. Así lo establece el artículo 54.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>68</sup>. Esto se establece para evitar confusiones, pues los regalos se pueden hacer de forma amistosa, o de cortesía. Para que se produzca el tipo debe tener una cuantía relevante, no considerándose como tal regalar algún libro, flores, cigarrillos, lotería...

Por último, la jurisprudencia<sup>69</sup> exige que necesariamente se dé una conexión causal entre el regalo y el oficio público del funcionario, de modo que debe realizarse exclusivamente por la función que desempeña, excluyéndose las relaciones familiares o de amistad. Dichas conductas penales o conexiones son diferentes en función de quién inicie la

---

<sup>66</sup> GARCÍA VALDÉS, C., MESTREDELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., “*Lecciones de Derecho Penal...*”, ob.cit, pág. 236.

<sup>67</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E., “El cohecho impropio después de la reforma del Código Penal”, en *Diario la Ley*, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2011, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>> 29 de diciembre de 2017; BLANCO CORDERO, I., “*Del cohecho*”, ob.cit. pág. 1588; MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit.

<sup>68</sup> “Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”.

<sup>69</sup> Entre otras SSTs 362/2008, de 13 de junio; 186/2012, de 14 de marzo; 323/2013, de 23 de abril; 994/2013, de 11 de diciembre; 421/2014, de 16 de mayo; y 14/2015, de 26 de enero.

petición, diferenciándose en cohecho activo y cohecho pasivo, como más adelante se detallará.

### 3.2 Tipo subjetivo del delito

Dentro del tipo subjetivo del delito de cohecho, habrá que estudiar si se produce mediante dolo, imprudencia o si admite ambas formas de comisión.

Los artículos del Código Penal no dan pie a la posibilidad de un tipo imprudente, máxime cuando hemos venido hablando de la necesidad de conocer lo que se está haciendo, que exista una voluntad expresa por los sujetos que los comete. Por esto decimos que únicamente es punible la comisión dolosa.

En el delito de cohecho pasivo, basta con que el funcionario sea consciente del carácter de la solicitud, aceptación o recepción de lo que se ofrece y que acceda, siendo indiferente el móvil que le impulse a realizar la conducta tipificada, ya sea “en provecho de un tercero”. Para ello, el dolo del autor debe cumplir una serie de requisitos, como: en primer lugar, que actúe como funcionario público; en segundo lugar, que la acción esté dentro de sus competencias; y, en tercer lugar, que la acción prometida sea contraria a los deberes del cargo<sup>70</sup>. Cuando se dan estos requisitos, el tipo se comete mediante dolo directo, no existiendo la posibilidad de cometerse mediante dolo eventual, como explica MESTRE DELGADO<sup>71</sup>, pues, si se acepta que de las acciones u omisiones propias del ejercicio de su actividad, el funcionario puede cometer un acto doloso o ilícito, que sabe que lo es, asumiendo tal posibilidad y continua la acción, en pago a la contraprestación, estamos ante una comisión de todos los elementos objetivos del tipo. En cambio, otros autores sí admiten esta posibilidad, como MIR PUIG<sup>72</sup> o CORDERO BLANCO<sup>73</sup>.

Imaginemos que el funcionario aceptase la dádiva, sin ánimo de cometer el acto posterior, ¿podríamos hablar de que existe un error en el tipo ante la ausencia del elemento

---

<sup>70</sup> MORALES PRATS, F., y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*Delitos contra la Administración Pública*”, en QUINTERO OLIVARES, g. (Dir), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”, ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1775.

<sup>71</sup> MESTRE DELGADO, E., en “*Delitos contra la Administración Pública...*” ob.cit, pág. 722.

<sup>72</sup> MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit, pág. 6

<sup>73</sup> BLANCO CORDERO, I., “*Del cohecho*”, ob.cit. pág. 1583.

volitivo? Desde mi punto de vista no, de acuerdo con lo que dice OLAIZOLA NOGALES<sup>74</sup>, el hecho de que el funcionario acepte la dádiva para la comisión de un delito que no tiene intención de cometer, supone un daño al funcionamiento de la Administración, *ergo* daña la función pública. Que el funcionario en el ejercicio de sus funciones acepte la dádiva ya supone la concurrencia de los tres elementos objetivos, sin ser necesario que ese acto posterior se cometa pues, a ojos del tipo, que el funcionario no tenga intención de cometer el acto resulta irrelevante porque el daño ya se ha producido, y de manera doble, debiéndose estudiar en concurso con el delito de estafa.

### 4. Modalidades típicas

#### 4.1 Cohecho pasivo

El cohecho pasivo se encuentra regulado en los artículos 419 y 423 del Código Penal. Cuando hablamos de cohecho pasivo, hacemos referencia al tipo delictivo en el que el comportamiento se lleva a cabo por autoridad pública o funcionario.

Por tanto, se define así: “El cohecho pasivo resulta cuando esta persona recibe, acepta o solicita una dádiva o retribución del particular a cambio de una realización u omisión de un acto en el ejercicio de su cargo, tanto si el acto es de carácter lícito como ilícito, pues es suficiente la petición o aceptación de una dádiva o favor, sea cual sea su valor y finalidad”<sup>75</sup>. De este modo afirmamos, como ya se ha dicho anteriormente, que el simple hecho de que el funcionario o autoridad solicite o acepte la dádiva en su favor como en el de un tercero supone la consumación del delito de cohecho pasivo.

En la misma línea se posiciona la jurisprudencia afirmando que “las modalidades de cohecho se caracterizan porque no requieren la efectiva realización del acto acordado como contraprestación de la dádivas o presentes, pues únicamente se precisa que el funcionario manifieste su intención de actuar « parcialmente », de mediar una remuneración. El elemento nuclear del delito reside, por lo tanto, en el acuerdo o intento de acuerdo entre funcionario o particular dirigido a que el funcionario, a quien corresponde resolver u omitir un acto propio

---

<sup>74</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., “*El delito de cohecho...* ob.cit., pág. 720.

<sup>75</sup> CARDONA TORRES, J., “*Derecho Penal...*”, ob.cit., , pág. 503.

del cargo, tome en consideración en su proceso de decisión intereses ajenos o contrarios a los públicos, de forma que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se produce en el momento en que se obtiene el acuerdo o se manifiesta la voluntad de alcanzarlo”<sup>76</sup>.

### 4.1.1 Cohecho pasivo propio

Este tipo de cohecho viene regulado en el artículo 419 del Código Penal :“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa **para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar**, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”.

Esta modalidad de cohecho es considerada la más grave cometida por el funcionario. No solo se traiciona la confianza que supone que tiene que haber, al tratarse de un organismo público, sino que, con la realización de dicha conducta, el funcionario o autoridad no cumple con sus obligaciones y actúa de manera contraria a sus deberes inherentes o decidiendo no actuar o retrasando<sup>77</sup> la misma, encajando dicha conducta como omisión, buscando un beneficio personal, o para un tercero, en vez de actuar en pro de la Administración. La punibilidad por omisión, o no realización de un acto, se encuentra en que “tal comportamiento ilícito del funcionario se hace, no en consideración a la realización de un delito o de un acto injusto, sino a la abstención respecto de un comportamiento que le era exigible al funcionario en el cumplimiento de las obligaciones de su cargo”<sup>78</sup>. Ejemplo de esto puede ser el pago a un

---

<sup>76</sup> SAP 68/2001, de 21 de febrero.

<sup>77</sup> La acción de retrasar tiene lugar, por ejemplo, en el caso de que un funcionario se abstuviese, a cambio de dádiva o favor, de ordenar la tramitación de un expediente en curso hasta su finalización (STSJ Andalucía 20 de junio de 2000 [ARP 2000, 1844]).

<sup>78</sup> STS 1826/1994, de 18 de octubre.



jefe de policía para que no comunicase donde iba a ser el intercambio de droga del que tenía conocimiento<sup>79</sup>.

Del precepto se entiende que no basta con que se trate de un acto propio del cargo, sino que necesariamente debe ser “contrario a los deberes inherentes del cargo”, englobando así los actos delictivos, los injustos no delictivos y los que debiera realizar por razón de su cargo, es decir, cualquier acto ilegal. El tipo señala expresamente que el acto contrario al cargo debe realizarse en el ejercicio de éste. Por ello, resultan atípicas las actividades privadas que pueda realizar el funcionario, aunque sean contrarias al deber del cargo. En esta línea, QUERALT JIMENEZ<sup>80</sup> manifiesta que, si el acto nada tiene que ver con el cargo, no se produce el cohecho porque no se ha producido ningún desvío de la función pública.

Cuando hablamos del cohecho pasivo propio, al igual que cuando hablemos del resto de modalidades de cohecho, nos estamos refiriendo, como se dijo anteriormente, a un delito de mera actividad, el cual se consuma por la mera solicitud del funcionario, sin que sea necesario que el particular decida atenderla ni que se produzca ningún resultado para que se pueda considerar como típico. En esta línea se posicionó el Tribunal Supremo<sup>81</sup>, explicando que “la dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio es un delito unilateral, de mera actividad, que se consuma con la mera solicitud, con la mera manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la aceptación de la solicitud en el abono de la dádiva, en la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación. En definitiva, no es tampoco preciso para la consumación de esta modalidad típica del cohecho que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento contrario a derecho que de él se pretende o que el mismo se propone realizar con tal de recibir la dádiva; no se requiere que el funcionario cometa el acto injusto”. Algunos autores<sup>82</sup> consideran que nos encontramos ante un tipo mutilado o imperfecto de dos actos, ya que se consume el delito

---

<sup>79</sup> SAP Murcia 30 de mayo de 2007 (ARP 2007, 629)

<sup>80</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español...”, ob.cit., pág. 1162

<sup>81</sup> STS 1096/2006, de 16 de noviembre.

<sup>82</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.L., “La respuesta a la corrupción pública: tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella. Reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo”, ed. Comares, Granada, 2004, pág. 242; MORALES PRATS, F., y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la Administración...”, ob.cit., pág. 1776

con independencia de que el funcionario llegue o no a realizar la acción u omisión objeto de cohecho.

En lo referente a la tentativa, la mayor parte de la doctrina excluye esta forma de ejecución razonando “que el propio tipo penal ya castiga comportamientos, como la solicitud de la dádiva, que constituyen por sí una conducta peligrosa para el bien jurídico”<sup>83</sup>. Desde mi punto de vista esto no es correcto. Imaginemos que la solicitud de dádiva se realiza mediante carta y esta se pierde, o si se le comunica verbalmente a una persona sorda, el funcionario tiene la voluntad de cometer el tipo pero no se cumple porque a nadie le llega; nos encontramos ante un error vencible que se castigaría en grado de tentativa. Esta opinión está refrendada por el Tribunal Supremo<sup>84</sup>, argumentando que se produciría este grado de ejecución cuando la solicitud no es recibida por el destinatario.

También cabría el desistimiento voluntario en los casos en los que el funcionario entrega la carta de solicitud a un intermediario y luego le pide al mismo que se la devuelva antes de entregársela al destinatario.

Por último, en cuanto a la autoría, al tratarse de un delito especial, solo podrá cometerlo la autoridad o funcionario público, siempre y cuando esté dentro de sus competencias y en el ejercicio del cargo. Puede darse la coautoría en el caso en el que varios funcionarios solicitasen o recibiesen dádivas por la realización de un acto delictivo en el ejercicio de su cargo. No obstante, “solamente responderán aquel o aquellos funcionarios que solicitaron o recibieron las dádivas por votar a favor o en contra de la decisión”<sup>85</sup>.

Aunque la autoría solo pueda ser de un funcionario o autoridad, existen diferentes formas de participación en este delito. Parte de la doctrina entiende que el particular o funcionario que opera como intermediario, no actuando en el ejercicio de su cargo, puede ser partícipe como cooperador necesario o inductor, siempre y cuando la iniciativa sea del funcionario; si no fuera de este no encajaría en el tipo del cohecho pasivo propio sino en otra figura delictiva. El Tribunal Supremo, en relación con la participación, entiende que puede cometerse como “*intraneus*” o como “*extraneus*”<sup>86</sup>; señala que “en el delito de cohecho es

---

<sup>83</sup>BLANCO CORDERO, I., “*Del cohecho*”, ob.cit. pág. 1583.

<sup>84</sup> STS 208/2006, de 20 de febrero.

<sup>85</sup> BLANCO CORDERO, I., “*Del cohecho*”, ob.cit. pág. 1583.

<sup>86</sup> SSTs 8036/1994, de 8 de octubre; 28/2001, de 28 de marzo; 1080/2010 de 20 de octubre; 636/2012, de 13 de julio; y 990/2013, de 30 de diciembre.

posible la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cooperadores, necesarios o no. Si, como sucede en el caso actual, un particular, «*extraneus*», participa en el delito cometido por el funcionario, «*intraneus*», dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario”.

### 1.1.2 Cohecho pasivo impropio

Este tipo de cohecho viene regulado en el artículo 420 del Código Penal: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, **recibiere o solicitare**, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o **acceptare** ofrecimiento o promesa **para realizar un acto propio de su cargo**, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años”.

Se sancionan como cohecho pasivo impropio las siguientes conductas del funcionario: el realizar un acto propio de su cargo —artículo 420 Código Penal— y el admitir dádivas o regalos que le fueron ofrecidos en consideración a su cargo o función —artículo 422 Código Penal—<sup>87</sup>. Podemos observar que existen dos variantes dentro del cohecho pasivo impropio, la vinculada a la consecución de un acto, artículo 420 CP, y la vinculada al cargo o función que desempeña, también llamado cohecho de facilitación. En este apartado nos ceñiremos a la conducta que regula el artículo 420 del CP, pues más adelante explicaremos en profundidad el denominado cohecho de facilitación del artículo 422 CP.

Este tipo de cohecho guarda una estrecha relación con el artículo 419 CP, al contener elementos comunes como las modalidades típicas de solicitar y recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o de aceptar ofrecimiento o promesa, el elemento subjetivo del injusto de «*en provecho propio o de un tercero*», y la necesidad de que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público, pero es considerado de menor gravedad. La explicación de

---

<sup>87</sup> GARCÍA VALDÉS, C., MESTREDELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., “*Lecciones de Derecho Penal...*”, ob.cit, pág. 236.

que se considere de menor gravedad reside en que el pacto corrupto tiene como objeto “*un acto propio del cargo*”, es decir, debe encontrarse dentro de las competencias del funcionario<sup>88</sup>.

Este precepto integra los actos que son conformes al ordenamiento, es decir, actos que son propios de la actividad propia del funcionario en su cargo pero que realiza para sí o en beneficio de un tercero. Algunos autores<sup>89</sup> sostienen que dentro de la expresión “acto propio del cargo” pueden incluirse tanto actos de carácter reglado, como de carácter discrecional. Un ejemplo claro lo podemos encontrar en el mundo empresarial: si se concede una licencia de obra a un promotor antes que a otros empresarios, puede suponer una ventaja competitiva muy importante al poner en el mercado viviendas en un plazo muy inferior a la competencia. Es un acto propio del cargo de funcionario pero se realiza de manera ilegal.

En lo relativo al aspecto subjetivo, al igual que en el cohecho pasivo propio, nos encontramos ante un delito doloso en el que cabe tanto la tentativa como el desistimiento voluntario.

Respecto de la consumación, se produce con solicitar o recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, aunque el propio acto del cargo no se realice, ya que nos encontramos ante un delito de mera actividad.

### 1.1.3 Cohecho subsiguiente o de recompensa

Esta modalidad de cohecho viene regulada en el artículo 421 del Código Penal: “Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, **como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos**”.

El art. 421 castiga de manera autónoma los cohechos pasivos subsiguientes o de recompensa relativos al art. 419 y al art. 420, en los que el comportamiento típico de recibir o

---

<sup>88</sup> MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit, pág. 7

<sup>89</sup> MORALES PRATS, F., y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*Delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág. 1780; SUÁREZ – MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.)/ JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., “*Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*”, ed. Civitas, Pamplona, 2011, pág. 518.

solicitar recompensa se produce a posteriori. Como dice MIR PUIG<sup>90</sup> el cohecho subsiguiente se caracteriza porque “existe una desvinculación entre la recepción de la dádiva, favor o retribución al funcionario y el acto oficial efectuado por el mismo, con anterioridad a dicha recepción, sin que la misma haya sido acordada de antemano por un acuerdo previo”.

Una parte de la doctrina<sup>91</sup> considera que debería destipificarse el cohecho subsiguiente, al considerar que es de difícil justificación, en cuanto a objetividad e imparcialidad, al no afectar directamente al bien jurídico protegido. Pese a las críticas, se ha mantenido este tipo delictivo para facilitar la prueba del mismo ya que, al realizarse posteriormente la entrega de la dádiva, puede resultar difícil probar que fue en consecuencia del acto ilegal realizado previamente.

En resumen, esta figura de cohecho atiende a la problemática que pueda generar la prueba del delito. Si el acto se produce y se obtiene una recompensa posterior, al transcurrir un espacio de tiempo puede complicarse sobremanera la demostración de que dicha recompensa se haya otorgado por el acto cometido, máxime cuando no se produzca un acuerdo previo. Bien es cierto que, si no puede probarse la relación, difícilmente se podrá hablar de cohecho, aunque la dádiva sea obvia, pero, si no existe una prueba de cargo suficiente, no podemos culpar. Sin embargo, aunque resulte difícil probar en determinados casos, la destipificación de esta figura no es una opción, pues se generarían muchos más casos en esta línea cuya pena sería mucho más leve al no poder probarse el acuerdo.

El Código Penal ha olvidado sancionar los casos de cohecho subsiguiente realizados por el particular, hecho que puede subsanarse aplicando el cohecho impropio al particular, pues siempre habrá la entrega de una ventaja en atención al cargo<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit, pág. 8

<sup>91</sup> MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte especial*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 933; MORALES PRATS, F., y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*Delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág. 1782; MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit, pág.8

<sup>92</sup> NIETO MARTÍN, A., “*Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*”, ed. Tecnos, 2010, pág. 763.

### 1.1.4 Cohecho de facilitación

Esta modalidad de cohecho está regulada en el artículo 422 del Código Penal: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, **admitiera**, por sí o por persona interpuesta, **dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función**, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”.

En este precepto se castigan aquellos supuestos en los que el funcionario o autoridad acepta un regalo “en consideración de su cargo o función”. La singularidad del precepto es que no se castiga que el funcionario perjudique el buen funcionamiento de la Administración con su actuación, ya que no ha solicitado dádiva ni va a realizar ninguna acción compensatoria, sino la mera aceptación de la dádiva. Lo que se pretende es reprimir que se obsequie al funcionario con la intención de captar su favor o predisponer su ánimo a favor del donante en el ejercicio futuro de su profesión. En opinión de BLANCO CORDERO<sup>93</sup>, este precepto facilita enormemente la prueba del cohecho, ya que no es preciso probar que el funcionario ha realizado algún acto relativo a su cargo, sino que basta con acreditar que el mismo ha recibido regalos.

Parte de la doctrina<sup>94</sup> adjudica a esta modalidad de cohecho la naturaleza de delito de peligro abstracto, al considerar que la aceptación de la dádiva o regalo lesiona el bien jurídico protegido por el delito, es decir, el principio de imparcialidad. De otra parte, MORALES PRATS y RODRIGUEZ PUERTA consideran que este tipo de cohecho no atenta contra el principio de imparcialidad, dado que la entrega de dádivas a un empleado público por desempeñar sus funciones no persigue incidir en una decisión determinada o determinable. Argumentan que, con la regulación de este tipo de cohecho, lo que se pretende es evitar abusos y desviaciones en el ejercicio de las funciones públicas.

Desde mi punto de vista, esta conducta sí que atenta contra el principio de imparcialidad, pues el simple ofrecimiento de los regalos lleva implícito la obtención de un

---

<sup>93</sup> BLANCO CORDERO, I., “*Del cohecho*”, ob.cit. pág. 1586.

<sup>94</sup> MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit; BLANCO CORDERO, I., “*LA reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas*”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>, 2 de enero de 2018

trato favorable o ventajas personales en el futuro, pues se realizan por el cargo que ostenta el funcionario y no de manera desinteresada.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>95</sup> exige la concurrencia de tres elementos para la afirmación del tipo, que son: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos y c) una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La necesidad de un nexo causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor debe existir; así lo expresa la Sentencia 30/1994, de 21 de enero, del Tribunal Supremo: “... el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla.” La necesidad de este nexo causal es evidente, pues si no fuera funcionario el regalo en sí mismo no tendría ninguna importancia.

En lo que se refiere a las dádivas o regalos, habría que analizar la cuantía de lo regalado u ofrecido. En este sentido, lo que se analiza es la cuantía del objeto en sí, pues no todos los regalos tienen el mismo valor; partiendo de un patrón común como es el hombre medio, no se considera de la misma índole un ramo de flores o un café, con lo que pueden ser relojes, trajes<sup>96</sup>, o maletines. Por ello, resulta importante establecer un *umbral mínimo de relevancia penal* ya que es muy posible que dádivas de muy escasa entidad no lleguen a superar ese umbral de relevancia que marca el delito sea típico.

---

<sup>95</sup> Entre otras, SSTS 362/2008, de 13 de junio; 748/2010, de 17 de mayo; 323/2013, de 23 de abril; y 14/2015, de 26 de enero.

<sup>96</sup> En este sentido, se muestra una Sentencia en la que, el Tribunal Supremo reabre un caso que fue archivado por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y por el cual, se imputan los cargos en la modalidad de cohecho pasivo impropio al expresidente de la Comunidad Valenciana, Don Francisco Enrique Camps Ortiz, por la aceptación de unos trajes de algunas de las empresas que estaban en la trama Gürtel, cuyo valor fue estimado como alto a cambio de contratos de la Generalitat entre 2005 y 2009. Finalmente, el TS absuelve a Camps, al considerar no probados los hechos desfavorables ya que la motivación efectuada por el jurado popular, no fue “arbitraria, ilógica o irrazonable al individualizar las pruebas y elementos de convicción”. No obstante, la Sentencia entiende que la entrega de prendas de vestir a un funcionario público constituye dádiva a efectos de delito de cohecho impropio debido a que dichas prendas fueron regaladas por la especial condición y poder que ese concreto alto cargo desempeñaba, sin los cuales el particular no se hubiere dirigido a él para hacerlo objeto de tales regalos. STS 17 de mayo de 2010 (478/2010).

Para ello, es menester tener especial atención a las «costumbres o usos socialmente adecuados», que variarán atendiendo a la zona geográfica y al carácter de sus gentes, en cuyos casos el artículo 422 CP **no debe ser aplicado**, por más que el regalo se realice en consideración a su cargo o función. A tenor de esto, la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público establece un criterio a seguir, que dispone que “se deben rechazar los regalos, favores o servicios en condiciones ventajosas” en cuanto vayan más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía. Esta ley incluye servicios de manera expresa, en vez de regalos materiales.

Esto ocurre en el caso analizado en la STS 362/2008, de 13 de junio, en la que los acusados, Guardias Civiles, frecuentaban un club de alterne, siendo invitados todas las veces que acudían a dicho local, a todas las consumiciones e incluso a los servicios con las chicas que trabajaban en ese lugar. La sentencia señalaba que “la existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forman parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuando determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales”.

Se condenó a los acusados porque la acción imputada desborda con claridad los límites de la adecuación social; el no abono durante seis meses de consumiciones y servicios con las chicas va más allá de la idea de adecuación social.

Para la consumación del delito se precisa que la autoridad o funcionario acepte la dádiva o regalo, no bastando la mera oferta del particular, sin perjuicio de cometer este, por el solo ofrecimiento de dádiva, el delito de cohecho activo del artículo 424.1.CP.

En resumen, el cohecho de facilitación lo que hace es castigar al funcionario por aceptar regalos. El funcionario en su ejercicio no debe admitir del particular ningún tipo de contraprestación económica, ni siquiera indirecta pues no es necesario demostrar el vínculo, ya que la mera aceptación, salvo los casos mencionados, es punible.

Desde mi punto de vista, lo que es lamentable es que todavía exista una actitud social tendente a agasajar a funcionarios, generando focos de conflictos y corrupción. Aun así, el



funcionario debe mostrar mucha más resistencia a la hora de ofrecerse para aceptar favores pues, si no se erradica esta conducta, el problema de la corrupción y la desconfianza va a ser cada vez mayor, y la credibilidad que tenga irá en decadencia.

### **4.2 Cohecho activo**

Esta modalidad de cohecho viene regulada en el artículo 424 del Código Penal: “1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida. 2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan. 3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años”.

Este artículo recoge todas las posibles conductas llevada a cabo por el sujeto, sancionando a los particulares que ofrezcan o entreguen dádivas a funcionarios públicos para realizar alguna de las conductas tipificadas en los artículos 419, 420 421 y 422 del Código Penal.

Atendiendo al citado precepto, el apartado primero nos establece que el sujeto activo es el particular. Éste toma la iniciativa corruptora ofreciendo o entregando dádiva o retribución de cualquier clase al funcionario o autoridad para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o, para que no realice o retrase injustificadamente la acción que debiera practicar.

Respecto al segundo apartado del artículo 424, el particular acepta la solicitud del funcionario y le entrega la dádiva o retribución solicitada al mismo. Esta conducta lleva la misma pena que la que le correspondería al funcionario, pero podría ser menor la pena del particular, pues, por razones de política criminal, atiende a una solicitud del funcionario sin haberla inducido —la falta de probidad del funcionario es preexistente— por la debilidad del particular frente al funcionario público, dado que puede temer que el funcionario le perjudique de no acceder a su solicitud, posibilitando un mayor descubrimiento de la corrupción funcionarial siempre difícil de probar<sup>97</sup>.

El tercer apartado trata de combatir uno de los principales campos de acción del cohecho activo, el relacionado con procedimientos administrativos de contratación, subvenciones o subastas. La intención del particular es la adjudicación por parte de la Administración de un contrato público, tanto de obras o servicios, como de personal, para sí o para un tercero; adjudicarse una subvención pública u otorgar o impedir una subasta pública. Sea como fuere, no es relevante que el corruptor tenga derecho al objeto, sino la corrupción en sí. Este tipo de delitos, habitualmente, entran en concurso con el de prevaricación, falsedades y malversación.

En la práctica, se han producido numerosos procedimientos judiciales de esta modalidad de cohecho. La Sentencia del Tribunal Supremo 575/2004, de 11 de mayo, sancionó la adjudicación de unas obras a cambio de dádiva, además de existir numerosas ilegalidades formales y materiales, ya que la adjudicación fue realizada sin consignación presupuestaria y las obras no fueron realizadas por quien había designado la Diputación Provincial.

En cuanto al sujeto activo, ya hemos dicho que quien responde como autor es el particular, pudiendo producirse casos de coautoría. También puede calificársele como inductor (artículo 424.1 CP) o como cooperador necesario (424.2 CP) del delito que realice el funcionario.

Respecto a la consumación, nos encontramos ante un delito de mera actividad, por lo que el mero intento por parte del particular de corromper al funcionario es suficiente para la consumación, independientemente de que acepte o no la propuesta. Del mismo modo que la

---

<sup>97</sup> MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho...*”, ob.cit, pág. 11

consumación del cohecho activo es independiente de la del cohecho pasivo, puede consumarse el activo sin que se consume el pasivo, y viceversa. En caso de que el ofrecimiento no llegase al conocimiento del funcionario, podría configurarse como tentativa, al igual que hemos visto anteriormente en el cohecho pasivo.

Existe una eximente de responsabilidad criminal para el delito de cohecho regulada en el artículo 426 del Código Penal. Este artículo nos dice que el particular que hubiere cometido el delito de cohecho, y arrepintiéndose posteriormente, si lo denuncia antes de que el procedimiento se abra, en el plazo de dos meses desde que se producen los hechos, estará exento de responsabilidad penal.

Resulta destacable que en este precepto se haya omitido el término “favor”, ya que esta omisión deja un vacío legal en el cual se puede actuar sin que ello tenga consecuencias punibles. Así como ocurre con el concepto “acción de prometer”.

Desde mi punto de vista, que los términos “favor” o “acción de prometer” no se encuentran de manera explícita en el precepto, no significa que no sean punibles dichas conductas, sino que existen, y son punibles, implícitamente. Cuando el precepto cita “en sus respectivos casos” o “las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan”, entiendo que cubre “la acción del prometer” así como el concepto “favor”. Al castigarse de igual manera al particular que al funcionario, parece meridiano que incluirá la actuación llevada a cabo y no la pena exclusivamente. De no ser así, me parecería un error gravísimo e incoherente, pues ambos conceptos se pueden realizar de la misma manera, sea quien fuere el que lleve la iniciativa, creando un escudo impune para este tipo de actos donde el particular va a salir beneficiado siempre.

Por último, debemos hacer mención al subtipo privilegiado que contiene el artículo 425 del Código Penal: “Cuando el soborno mediar en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año”.

Partiendo del principio de no exigibilidad, el legislador ha considerado que existe una disminución del grado de culpabilidad del particular, y en consecuencia de la pena, cuando el

soborno medie en causa criminal a favor del reo por parte de cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad. En cuanto a las personas sobornadas, habrá que entenderlo de manera extensiva a todas las personas que contribuyen de forma decisiva a la formación del objeto de la causa criminal: desde la autoridad judicial o miembros del jurado, hasta policías, fiscales o secretarios judiciales.

### V.- EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El delito de tráfico de influencias se encuentra tipificado en el Capítulo VI del Título XIX del Libro II, en los artículos 428 a 430 del Código Penal. Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se encontraba regulado en este precepto el artículo 431 CP, pero tras la aprobación de la citada LO éste último artículo quedó suprimido.

Desde 1995 es uno de los delitos mejor concebidos para atajar la corrupción política, pudiendo considerarse el delito “madre” de los delitos de corrupción. En nuestro país siempre se ha hablado de que determinados puestos de trabajo, o cargos, eran inaccesibles para algunas personas, salvo que conocieras a alguien, que tuvieras “influencias”, es más, en determinados sectores sociales se entendía como un favor importante el “recomendar” a alguien, no simplemente por el beneficio que le supusiera, sino por el desgaste de esa influencia de la que, por haber hecho uso de ella, tal vez en un futuro no pudiera beneficiarse<sup>98</sup>.

Las conductas previstas en estos artículos tienen cierta similitud con el delito de cohecho, pero con la notoria diferencia de que no es necesario que se solicite o reciba dádiva o presente o se acepte ofrecimiento o promesa, como en el delito de cohecho, en los artículos 428 y 429 CP; aunque en el 430 sí que aparece, pero la solicitud de un particular a otro particular. De otra parte, la autoridad o funcionario que actúe bajo la influencia y dictare una resolución injusta puede cometer un delito de prevaricación<sup>99</sup>.

En definitiva, en el tráfico de influencias lo que se incrimina son aquellos supuestos en los que se persigue situar al funcionario en una posición parcial respecto a su futura decisión utilizando medios distintos a las dádivas o presentes para influir en su proceso de motivación, ya sea prevaleciendo de sus facultades o bien de una relación jerárquica o personal por parte del particular (artículos 428 y 429 CP).

---

<sup>98</sup> GARCÍAS PLANAS, G., “*El nuevo delito de tráfico de influencias*”, Revista del Poder Judicial, núm. 29, ed. Dykinson, 1993, págs. 21-33.

<sup>99</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. “Derecho Penal. Parte Especial. 10ª edición”, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 814.

## 1. Bien jurídico protegido

En este tipo de delito, el bien jurídico protegido no va encaminado al buen funcionamiento de la Administración Pública, como en los delitos analizados previamente, sino más bien enfocado a la imparcialidad que debe tener la Administración, es decir, “el principio de imparcialidad que debe regir de modo escrupuloso la conducta de toda persona encargada de tomar decisiones públicas”<sup>100</sup>. Lo que se quiere proteger con la imparcialidad de la Administración es el interés general de la colectividad, los principios constitucionales que han de orientar a la actividad administrativa es la protección de los ciudadanos.

Aun así, existe un debate doctrinal acerca de cuál es el bien jurídico protegido en este delito basándose en diferentes criterios, que son:

### 1.1 Criterio del “Cumplimiento de los deberes del cargo”

Los argumentos que se siguen bajo este criterio se basan en el cumplimiento del deber, pero priorizando el elemento subjetivo del interés común<sup>101</sup>. En este mismo sentido, CABELLO MOHEDANO considera que, en la determinación del bien jurídico protegido, asume relevancia la tutela del interés de la Administración Pública, que se traduce en la rectitud, imparcialidad y buena reputación de los funcionarios públicos, que implica el buen funcionamiento de la misma<sup>102</sup>.

Sin embargo, en relación al 430 CP, que es el delito cometido por los particulares, difiere el contenido del bien jurídico, en la medida en que éste no puede infringir deberes del cargo, se considera que actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado.

---

<sup>100</sup> STS 1534/1997, de 10 de marzo.

<sup>101</sup> CASAS BARQUERO, E., “*Tráfico de influencias*”, Estudios penales en memoria del profesor FERNANDEZ-ALBOR, Universidad Santiago de Compostela 1989, págs. 165-174.

<sup>102</sup> CABELLO MOHEDANO, F. “*Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias*”, Estudios penales y jurídicos, homenaje al profesor CASAS BARQUERO, E., Córdoba, 1996, págs. 83-101.

## 1.2 Criterio del “Correcto funcionamiento de la Administración Pública”

Los defensores de esta postura entienden que el bien jurídico protegido en el tráfico de influencias es el mismo que en el delito de cohecho. Entre los defensores de esta postura nos encontramos a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE<sup>103</sup>, que sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es “el buen funcionamiento de la Administración Pública”, dado que la sociedad exige que los servicios públicos de la Administración funcionen correctamente, con objetividad, imparcialidad y transparencia, conforme a los parámetros constitucionales. Esta postura la secundan otros autores como LAMARCA PÉREZ, SERRANO GÓMEZ o GARCÍA VALDES<sup>104</sup>, que nos dice que lo que caracteriza a estos delitos es la confianza traicionada en la correcta gestión de la cosa pública por parte de los encargados de servirla, la ausencia de integridad del autor que se debe presuponer siempre, precisamente por la propia índole del puesto, mando o cargo desempeñado.

## 1.3 Criterio de la “Objetividad y la imparcialidad”

La posición adoptada con este criterio es distinta a la anterior y se sostiene en la concepción del bien jurídico protegido de modo general en los delitos contra la Administración Pública, tomándose en cuenta su función de prestación o de servicio como fundamento para la determinación del bien jurídico. En este sentido, MUÑOZ CONDE<sup>105</sup> señala que los tipos penales de tráfico de influencias tienen una naturaleza parecida al delito de cohecho, con el que tienen en común un bien jurídico protegido similar, que es “la imparcialidad en el ejercicio de la función pública”, y una misma finalidad político-criminal, que es evitar la desviación del interés general hacia fines particulares; considera que los dos primeros tipos penales de tráfico de influencias conculcan la rectitud y la imparcialidad de la actuación administrativa, ésta última exigida por el art. 103 de la CE, en la medida en que

---

<sup>103</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y Otros, “*Comentarios al código penal*”, 1ª edición, ed. Iustel Madrid 2007, págs. 903-905.

<sup>104</sup> GARCÍA VALDÉS, C. “*Derecho penal práctico: Parte especial*”, Ed. Universitaria Areces, Madrid 1999, págs. 345- 34

<sup>105</sup> MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho penal parte especial*, ob.cit, págs. 955-959.

afectan el proceso motivador del funcionario que le conduce a adoptar una decisión proyectada.

Sin embargo, en el caso del art. 430 se plantea el problema de cuál es en este delito el bien jurídico protegido; como el tipo penal no exige ni siquiera que la supuesta influencia llegue a utilizarse, en principio estaríamos en la fase de actos preparatorios o en el comienzo de ejecución del delito previsto en el art. 429. Parece que lo único que se pretende con el castigo de esta conducta es proteger “el prestigio y buen nombre de la Administración Pública”.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entendiendo que el bien jurídico en el tráfico de influencias es “la objetividad e imparcialidad de la función pública”<sup>106</sup>.

### 2. Modalidades típicas

El Código Penal establece en los artículos 428, 429 y 430 claramente tres delitos diferentes de tráfico de influencias, teniendo cada uno de ellos sus propios elementos diferenciadores. Sin embargo, a pesar de las diferencias existentes entre ellos, la piedra angular sobre la que gira la conducta típica en este delito es la misma en todos, es decir, la influencia que viene a ser objeto de estos delitos. De esta forma, el Código Penal establece una estructura con las diferentes modalidades, que son:

- **El ejercicio de influencias de funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad (art. 428).** Denominado por algunos en la doctrina como tráfico de influencias propio. Asimismo, tomando en cuenta la función o el cargo de los sujetos, se le conoce también como “tráfico de influencias especial”, esto en razón a la especialidad funcionarial de los sujetos.

- **El ejercicio de influencias de personas particulares sobre funcionario público o autoridad (art. 429).** Llamado en un sector de la doctrina como tráfico de influencias impropio, por ser la modalidad típica de este delito que mayormente se practica por los

---

<sup>106</sup> SSTs 300/2012, de 3 de mayo; 480/2004, de 7 de abril; y 335/2006, de 24 de marzo.



particulares, que son los que habitualmente influyen sobre funcionarios o autoridades con el objeto de conseguir beneficios o ventajas.

- **Ofrecimiento de influencias a personas particulares (art. 430).** El ofrecimiento para realizar influencias y la solicitud o aceptación de dádivas presentes o cualquier otra remuneración con este fin, puede ser llevado a cabo por personas particulares o por funcionarios que actúan en calidad de particulares al margen de sus cargos, y tienen por objeto encausar o ejercer influencia sobre el funcionario o autoridad competente para obtener los beneficios que se persiguen.

### 2.1 Tráfico de influencias por prevalencia del cargo

Este tipo de delito viene tipificado en el artículo 428 del Código Penal y nos dice: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”. Concretamente consiste en la influencia que ejerce un funcionario público o autoridad sobre otro funcionario público o autoridad, prevaleándose aquél del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad, para conseguir un beneficio económico para sí o para un tercero.

Para COBO DEL ROSAL<sup>107</sup>, la configuración del delito se caracteriza por los siguientes elementos:

---

<sup>107</sup> COBO DEL ROSAL, M., “*Derecho penal parte especial*”, 2ª edición, Madrid, 2005, pág. 908.

- a. Que el autor sea funcionario público o autoridad. Por lo cual estamos frente a un delito especial que solo puede ser cometido por aquellos que ostentan la condición de funcionario público o autoridad.
- b. Que el autor actúe con la finalidad de conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. El beneficio económico puede ser para el propio funcionario, para un tercero que puede ser un particular, una organización o un partido político.
- c. Que para ello influya en otro funcionario o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad. Siendo la influencia el elemento común en la conducta del funcionario o autoridad.

### 2.1.1 Tipo objetivo

Debido a que el sujeto activo debe ser funcionario público o autoridad, nos encontramos por tanto ante un delito especial. No es punible un mero acto de interferir en la función pública de manera impropia, indiscreta o inoportuna, es preciso que la interferencia implique un “ejercicio de influencia” que sea acreedor de un desvalor de un acto determinante, por ser llevado a efecto en condiciones o relaciones que le hacen especialmente desvalioso, solo entonces es cuando alcanza relevancia típica; se requiere que la acción de influencia sea realizada precisamente por un titular de la función pública sobre otro titular de cargo público<sup>108</sup>.

La “**influencia**” es el núcleo sobre el que versa este artículo, el primer elemento común. La acción de influir pretende generar un beneficio económico, sin hacer especial mención de quién debe recibirlo, pues, independientemente de que el beneficio sea directo entre los funcionarios, o si es de manera indirecta, esto es, se persigue para un tercero, la conducta punible es idéntica. Sin embargo, el tener literal del verbo tiene una estructura similar a inducción, en el sentido de provocar o manejar psíquicamente la decisión<sup>109</sup>. Lo que viene a decir esto es que la mera influencia no constituye el tipo penal, sino que es necesario

---

<sup>108</sup> POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “*Lecciones de derecho penal parte especial*”, adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid, 2011, págs.336-338

<sup>109</sup> MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración Pública...*”, ob.cit., pág., 266.

otro elemento que analizaremos más adelante, pues una simple recomendación no se puede penalizar, sino implica un peligro en la actuación administrativa y no insinúa ni afecta directamente a las decisiones que se han de tomar, siempre y cuando se limiten a las comunicaciones habituales de la actividad funcionarial con arreglo a las normas y principios establecidos.

Como dice MIR PUIG, “cabe así excluir del tipo, si se requiere que el principio de intervención mínima del Derecho penal desempeñe un papel limitador, los supuestos en que la actividad influenciadora del autor no despliegue efectividad alguna en el funcionario que se trata de influir, siendo imprevisible objetivamente y ex ante dicha efectividad — con lo que la faltaría la imputación objetiva al no crearse ningún riesgo típicamente relevante—: también cuando la influencia no haya *causado* en el funcionario sujeto pasivo de la acción *efectividad* alguna en la toma de decisión, al ya estar previamente a la influencia, “resuelto” a actuar con la misma de todos modos”<sup>110</sup>.

Otro supuesto dudoso sería el que el sujeto activo realiza la conducta influenciadora pero antes de tomar la decisión le comunica que no quiere que se lleve a cabo y, a pesar de ello, se produce. En este caso, para MIR PUIG y JAKOBS<sup>111</sup>, la conducta quedaría consumada para con el funcionario que la dicta y respondería el sujeto activo en grado de tentativa; siendo diferente el caso en el que el sujeto activo influenciara *eficazmente* en el funcionario que dicta la resolución pero, por causas independientes, esta resolución no se llegara a producir.

El otro elemento objetivo y necesario para la consumación del delito es el “**prevalimiento**”, y este puede producirse por:

- El ejercicio de las facultades del cargo
- Una situación derivada de la personal
- Una situación derivada de la relación jerárquica que tenga.

La influencia debe ir encaminada a obtener el resultado o beneficio perseguido; para ello es necesario que el sujeto activo tenga capacidad para influir sobre otro funcionario público o autoridad, situación que se produce por su prevalimiento en el ejercicio de las

---

<sup>110</sup> Ibídem.

<sup>111</sup> Ibídem.

facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica. Con respecto al prevalimiento, conforme se desprende del texto legal, el término “prevaliéndose” hay que entenderlo en su sentido literal, como la presión o la fuerza moral que un funcionario público o autoridad ejerce sobre otro funcionario, para que resuelva un asunto en un sentido determinado o deseado por el influyente; se debe entender que dicha presión o fuerza moral es la que se ejerce sobre el funcionario para doblegar su voluntad o libertad de decisión.

Cabe decir que dicho prevalimiento no debe llegar al grado de coacción o amenaza, pues de ser así entiendo que nos encontraríamos ante otro tipo de delito, en el que sería de aplicación preferente el principio de especialidad.

Si no se tuviera en cuenta el prevalimiento como elemento objetivo de este tipo penal, una simple recomendación sería punible, independientemente de lo rechazable o inmoral que pudiera ser, pues no tiene por qué afectar a la decisión que se tome. Sin embargo, existe un debate doctrinal sobre si la recomendación pudiera llevar implícito un acto de influencia, como por ejemplo si un alcalde hace un comentario a un tribunal calificador o comisión de que un hijo o familiar suyo se está preparando unas oposiciones para optar a un puesto laboral. En estos casos puede ser suficiente la simple recomendación o el comentario para incidir en el proceso motivador de los miembros o funcionarios encargados de las respectivas convocatorias, por la lógica correspondencia que se da en la actividad administrativa entre los funcionarios de base y los funcionarios de alto rango o de jerarquía superior, de modo que no se puede ignorar esta situación, ni esta clase de influencias privilegiadas o blanqueadas por la condición especial del sujeto.

Desde mi punto de vista, estas “influencias privilegiadas” no deben ser penadas, puesto que, aunque en el supuesto mencionado se trata de un funcionario con el que pueda tener una relación de afectividad o ser jerárquicamente superior, la intencionalidad es otro de los elementos del tipo. El tipo subjetivo del injusto debe estar presente y la forma de valorar el mismo es el elemento diferenciador de cualquier delito pues, como dice el artículo 5 del Código Penal, no hay delito sin dolo o imprudencia, y en este caso la influencia que se ejerce debería ser demostrada con el tipo subjetivo del delito. En este sentido, lo único que podría ser, a mi modo de ver, si no existiera prevalimiento por las facultades del cargo, amistad,

afinidad política, relaciones personales (incluso sexuales), sería una inducción a la prevaricación.

Para MUÑOZ CONDE<sup>112</sup> es posible la *influencia en cadena*; ello se infiere del tenor del artículo 428 CP. Esta clase de tráfico de influencias se producirá cuando la influencia no se ejerza directamente sobre el funcionario que debe adoptar la resolución, sino sobre otro distinto, y éste a su vez influya sobre el funcionario competente para adoptar la resolución perseguida. En estos casos responderán como autores del delito de tráfico de influencias del artículo 428 CP los dos funcionarios que hicieron uso de influencias.

Para la jurisprudencia la mera sugerencia como hemos citado *ut supra* no es suficiente, y así lo manifiesta en varias sentencias<sup>113</sup>, sino que es necesario “que la utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento nos indica que no basta la mera sugerencia sino que la conducta delictiva ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo debe tener entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye”.

### 2.1.2 Tipo subjetivo

La conducta típica del artículo 428 debe realizarse con la finalidad subjetiva de conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, según refiere GARCÍAS PLANAS<sup>114</sup>; se trata de un delito doloso, por cuanto la acción de la influencia es un acto intencional y por tanto es una acción deseada y planificada con la finalidad de obtener un beneficio o una ventaja para sí o para un tercero, prevaleciéndose de las facultades del cargo o de cualquier otra situación derivada de la relación personal o jerárquica preexistente. En este sentido, el legislador, con buen criterio, no ha tipificado expresamente la imprudencia, porque en la comisión de este delito se aprecia una estructura intrínsecamente dolosa, siendo así que la relación de causalidad en la acción influyente, no solamente está planificada a priori, sino en algunos casos está organizada estratégicamente para asegurar el fin perseguido.

---

<sup>112</sup> CONDE MUÑOZ, F. “Derecho penal parte especial, ob.cit., pág. 957.

<sup>113</sup> SSTs 480/2004, de 7 de abril; y 657/2013, de 15 de julio.

<sup>114</sup> GARCÍAS PLANAS, G., “El nuevo delito de tráfico de influencias”, ob.cit., págs.. 21-33.

El elemento objetivo del prevalimiento para condicionar la voluntad de otro excluye cualquier posibilidad que no sea el dolo directo, por lo que no cabe la imprudencia ni el dolo eventual. Se exige el dolo del autor, referido a los distintos elementos de la acción típica, en la que el tipo está subjetivamente configurado. Requiere la intención finalista de conseguir una resolución funcional susceptible de generar un beneficio económico; tal elemento subjetivo del injusto presupone la presencia del dolo, pero va más allá del alcance objetivo propio del mismo y configura un delito intencional de resultado cortado<sup>115</sup>.

La problemática en este sentido surge cuando la resolución perseguida por el autor es incorrecta o también cuando es justa, pues el legislador no distingue entre una y otra. Por su parte, una parte de la doctrina aboga por entender exclusivamente las resoluciones incorrectas, excluyendo de esta manera las resoluciones justas.

Desde mi punto de vista, a tenor del precepto se entiende que lo que se castiga es la mera influencia o interferencia en el funcionario, independientemente del resultado hipotético obtenido, prevaleciendo de cargo, jerarquía o sus relaciones personales. Aunque la resolución obtenida sea distinta a la esperada o sea una resolución “justa”, la mera interferencia se entenderá abarcada por el dolo, puesto que cumple los requisitos de imputación subjetiva, es decir, conocer y tener la voluntad de realizar la acción prevaleciendo de su condición, afectando de manera directa a la imparcialidad de la Administración.

Además, al igual que ocurre en el delito de cohecho, “debe tenerse en cuenta el principio de adecuación social, de modo que conductas como el de un portavoz de un partido político que influye en los diputados de su partido para que nombren a los miembros del Consejo General del Poder Judicial o del funcionario que recomienda al presidente del Tribunal a un opositor que merece aprobar constituyen conductas *adecuadas* socialmente y, por ellos, atípicas, no superando la frontera del riesgo permitido”<sup>116</sup>.

### 2.2 Tráfico de influencias por prevalencia del particular

Este tipo de delito viene tipificado en el artículo 429 del Código Penal y nos dice: “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciendo de cualquier

---

<sup>115</sup> POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “*Lecciones de derecho penal parte especial*”, ob.cit., pág. 335.

<sup>116</sup> MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág. 268 y 269.

situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”. Lo que nos dice es que comete este delito la persona particular que influye en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad, para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. El texto de este artículo se asemeja en lo sustancial al contenido en el art. 428, con la diferencia de que el sujeto activo del delito es una persona particular, pero también en este caso puede llegar a ser sujeto activo el funcionario o autoridad cuando actúa como persona particular sin prevalerse del ejercicio de las facultades de su cargo, ni de cualquier otra situación derivada de su relación personal.

El acto de influir del particular prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal, ya sea, familiar, afectiva, amistosa, sexual o política, para obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, es lo que se sanciona en este precepto.

### **2.2.1 Tipo objetivo**

Una parte de la doctrina llama a este precepto “tráfico de influencias impropio” o “tráfico de influencias común”, puesto que se trata de la modalidad más practicada.

Debido a que la conducta típica no la realiza un funcionario público o autoridad, al menos en el ejercicio de sus funciones, no se trata de un delito especial, sino común.

El tipo penal es muy similar al del artículo 428, y los criterios diferenciadores que tiene para COBO DEL ROSAL<sup>117</sup> son:

---

<sup>117</sup> COBO DEL ROSAL, M., “*Derecho penal parte especial*”, ob.cit., pág. 910.

- a. El primero y principal delimitador básico del tipo es la exigencia de que el sujeto activo en el delito de tráfico de influencias sea un particular.
- b. El segundo, y como consecuencia del anterior, el prevalimiento sólo se funda en la relación personal del sujeto particular con el funcionario público o autoridad que ha de dictar la resolución o con otro funcionario o autoridad.
- c. El tercero y último afecta a la pena, que, siendo idéntica en la pena privativa de libertad y en la multa, excluye sin embargo y, coherentemente por la naturaleza del sujeto activo, la de inhabilitación. Igual que en el artículo anterior también se distingue si se ha obtenido o no el beneficio económico que se persigue.

La jurisprudencia<sup>118</sup> sigue esta misma línea pero entiende que existen cinco elementos diferenciadores, que son:

- 1.- El autor del delito debe ser una persona particular.
- 2.- La acción típica consiste en influir en un funcionario público o autoridad, no se exige que sea decisiva o determinante la acción de la influencia.
- 3.- Es preciso que el autor del delito se prevenga de cualquier situación derivada de su relación personal con la autoridad o funcionario sobre el que se ejerce la influencia o con otro distinto.
- 4.- El autor debe conseguir, mediante la influencia ejercida, una determinada resolución. Debe advertirse que la resolución conseguida no tiene que ser forzosamente injusta y aún menos delictiva.
- 5.- Es necesario, que con la resolución alcanzada gracias a la influencia obtenga el que la haya ejercido un beneficio económico directo o indirecto para sí o para un tercero.

En este sentido SUARES-MIRRA RODRIGUEZ refiere que la acción de influir es cualquier conducta capaz de determinar a alguien a realizar un determinado acto; dicha capacidad de influencia debe derivarse de unas relaciones previas entre el influyente y el influido. El acto influyente se puede dar no sólo sobre el funcionario con competencias para decidir o resolver un determinado asunto, sino también sobre aquellos que desarrollen

---

<sup>118</sup> STS 2025/2001, de 29 de octubre.



funciones significativamente condicionantes de aquella, como en el caso de los informes técnicos o la aprobación previa del expediente por quién corresponda<sup>119</sup>.

### 2.2.2 Tipo subjetivo

En relación al tipo subjetivo de este delito, es similar al del artículo 428, pues es una comisión exclusivamente dolosa donde no cabe el tipo imprudente ni el dolo eventual. La diferencia clara es que es el particular quien realiza la acción y, aunque no sepa que su actuación está prohibida penalmente, no afecta al carácter doloso de la conducta. En este sentido habría que analizar y defender que, aunque su actuación sea dolosa aun con desconocimiento, dicho desconocimiento de la antijuridicidad afecta a la culpabilidad, el cual es uno de los elementos del delito.

Un ejemplo reciente de este delito lo encontramos en la **STS 411/2015, de 1 de julio**, en la que un concejal y responsable del Área de Infraestructuras pasa información a su amigo, mediante el envío de un fax, de unas obras municipales, antes de salir a concurso. Datos que le amplía con posterioridad en su despacho. Una vez presentada oferta por una de las empresas con las que mantenía relación su amigo, el concejal le remite «el informe técnico del área de infraestructuras por el que se proponía la exclusión de tal empresa en el concurso [...] por haber presentado mal la oferta». Y su amigo le plantea si resulta factible la subsanación, a lo que responde que lo mirará con los funcionarios encargados del tema, aunque no consta que lo hiciera.

También le pasó información sobre otras obras futuras, previamente a que fuese conocida por el resto. Lo que aprovechaba su amigo para comunicarlo a las mercantiles con las que mantenía relación. Incluso el edil, a petición de su amigo, llegó a mantener conversaciones, negociaciones y ejerció una actividad de asesoramiento para que se efectuaran subcontrataciones por parte de empresas adjudicatarias de obra pública.

Por otro lado, según los hechos probados, el amigo del concejal llamó al ingeniero del Área de Infraestructuras, y se presentó a él como “*amigo de*”. Su intención era que dicha relación influyera en el criterio del técnico «a la hora de informar sobre la oferta relacionada

---

<sup>119</sup> SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. y otros, “*Manual de derecho penal parte especial*”, 4ª edición, ed. Civitas, Navarra, 2006, págs. 537-541.

con las obras a las que había concursado» una determinada constructora. De igual modo, pretendía influir en el concejal para que éste a su vez «influyera en los funcionarios que estudiaban y decidían la adjudicación de las distintas obras a las que podían optar y optaban» empresas con las que mantenía relación.

### **2.3 Tráfico de influencias en la esfera privada**

Este tipo de delito viene tipificado en el artículo 430 del Código Penal y dice: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Esta modalidad de tráfico de influencias es posiblemente la figura penal más compleja y cuestionada en la doctrina. Sin embargo, es la figura auténtica que obedece a la verdadera denominación de tráfico de influencias, que significa negociar o traficar con influencias, y se refiere al comportamiento de aquellas personas que ofrecen o prometen realizar las conductas referidas en los artículos 428 y 429 del CP, solicitando por ello de personas particulares dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o bien aceptando algún ofrecimiento o promesa a cambio de influir posteriormente en un funcionario público o autoridad.

En este tipo penal no solo se debe tomar en cuenta el ofrecimiento de influencias, sino también aquellas conductas empeñadas en buscar o conseguir influencias. O sea, la compra venta de influencias que es la modalidad más frecuente en la práctica delictiva de estos delitos, que habitualmente se lleva a cabo en el ámbito privado entre personas particulares,

que a posteriori siempre se encausan a la Administración Pública, cuyo objeto principal de estos comportamientos es el negocio o tráfico de influencias, debido precisamente a la oferta o demanda de las mismas.

Como dicen RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ<sup>120</sup>, “esta modalidad de tráfico de influencias no guarda relación alguna con el bien jurídico protegido en los restantes delitos contemplado en el Título XIX (...) la única relación que guarda con la función pública es la oferta de realizar tráfico de influencias como contraprestación potencial a la solicitud de dádiva, presentes o cualquier otra remuneración, efectuada a un tercero”.

Para la jurisprudencia, “lo que se trata de sancionar en este caso es el ofrecimiento o venta de influencias reales o presuntas que se afirman tener con los funcionarios públicos, al objeto de hacer valer dichas influencias para obtener de la Administración Pública un determinado beneficio”<sup>121</sup>.

### 2.3.1 Tipo objetivo

Como ya hemos mencionado, esta conducta consiste en solicitar o aceptar cualquier clase de remuneración actual o futura para sí, o para un tercero, por el ofrecimiento o tráfico de influencias que se han de realizar posteriormente sobre un funcionario público o autoridad.

En este delito la conducta comprende dos fases típicas. Su conminación penal configura un tipo de delito plurisubsistente, que conforme a su estructura exige la realización de varios momentos diferentes de acción, cuyo conjunto unitario constituye el comportamiento típico, en este caso integrado por los actos de ofrecer y de solicitar o aceptar<sup>122</sup>.

En primer término, se ha de realizar un elemento común o constante del tipo, integrado por ofrecer influir en autoridad o funcionario, con el propósito típico exigido de conseguir una resolución, que pueda generar un beneficio económico al autor. En segundo término, se ha de ejecutar por el sujeto activo alguna de las siguientes modalidades de conducta alternativa

---

<sup>120</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., “*Delitos contra la Administración Pública*”, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 287.

<sup>121</sup> STS 335/2006, de 24 de marzo.

<sup>122</sup> POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “*Lecciones de derecho penal...*” ob.cit., págs. 339-340.

descrita en la figura penal: solicitar dádivas, presentes u otra remuneración, o bien aceptar ofrecimiento o promesa de dichos bienes.

Del tener del precepto se entiende que no es necesaria la aceptación de la solicitud ni el efectivo uso de las influencias, por lo que con la mera solicitud de recompensas, tras efectuarse el ofrecimiento, se consumaría el delito. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>123</sup>, argumentando que “se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la ejecución de la actividad típica que describe el precepto sin necesidad de resultado alguno, ni siquiera que la actitud del oferente sea aceptada por aquél a quien se dirige la oferta y sin que sea preciso que la “influencia”, real o ficticia, sea efectivamente ejercitada en tanto el fin perseguido por el legislador es, al igual que en el cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrario a los Públicos, tutelando un bien jurídico tan esencial como la objetividad e imparcialidad de las decisiones de las Autoridades y de los Funcionario Públicos”.

La realidad delictiva de tráfico de influencias nos enseña que la práctica habitual en este delito no es el ofrecimiento de influencias, sino es la de buscar influencias o intermediación que realizan los particulares o empresas para conseguir dicha influencia a través de intermediarios que pueden ser, por ejemplo, los familiares, exfuncionarios de la Administración Pública, o personas que tengan cualquier tipo de relación cercana con el funcionario público. Otorgando u ofreciendo para ello dádivas, remuneraciones, comisiones o donaciones a los intermediarios encargados de gestionar y encausar la influencia, resultando así la figura típica del “tráfico de influencias en cadena”.

### **2.3.2 Tipo subjetivo**

Esta figura del ofrecimiento de influencias prevista en el art. 430 del CP es un tipo de conducta mixta alternativa que se caracteriza por la potencial presencia de dolo, en la conducta tendenciosa de las personas particulares o de algunos funcionarios que actúan como particulares sin la condición de funcionario, ya sea ofreciendo influencias que presumen tener

---

<sup>123</sup> STS 1335/2001, de 19 de julio.

o solicitando dádivas, presentes o cualquier otra remuneración a los compradores de influencias<sup>124</sup>.

Al igual que en los dos artículos anteriores, nos encontramos ante un delito que solo puede sancionarse en su modalidad dolosa, siendo imposible su punición de forma imprudente, así como el dolo eventual. A raíz de esto, el elemento subjetivo del tipo es similar al de los artículos anteriores, el ánimo espurio de conseguir ganancias patrimoniales o beneficios a través del tráfico de influencias, ya sea ofreciendo, comprando o gestionando influencias.

Al igual que mencionamos en este mismo punto del apartado anterior, el desconocimiento de que su conducta esté prohibida penalmente no afecta al carácter doloso; la antijuridicidad afectará a la culpabilidad del sujeto.

---

<sup>124</sup> *Ibídem*.

## VI.- MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Los delitos de malversación se encuentran tipificados en el Capítulo VII del Título XIX del Libro II, en los artículos 432 a 435 del Código Penal. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se incrementaron las penas para los delitos de malversación.

Se entendió que existía un déficit punitivo al castigar la malversación, tanto en su modalidad de apropiación desleal como en su modalidad apropiativa, incrementando el marco de las penas de prisión de dos a seis años, en vez de uno a cuatro como estaba anteriormente, además de incluir la inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años (artículo 432.1); de diez a veinte años en el tipo agravado (432.3); y en el tipo super agravado se señala la pena «en su mitad superior» –lo que significa una pena de prisión de seis años y un día a ocho años e inhabilitación absoluta de doce años y seis meses y un día a veinte años–, «pudiendo llegar hasta la superior en grado», o sea, la pena de ocho años, seis meses y un día a doce años de prisión e inhabilitación absoluta hasta treinta años.

Para RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ<sup>125</sup>, “la figura delictiva que analizamos ha sido calificada como de poliforma tipificación, puesto que en el Código Penal se recogen figuras dolosas y culposas, de acción y de omisión, de sustracción, de distracción, de retención indebida, incluso no solo de lesión, sino de puesta en peligro del bien jurídico protegido, asimilando, en algunos casos, los particulares a los funcionarios públicos, y los bienes privados a los caudales públicos”.

Así, la jurisprudencia<sup>126</sup> entiende esta misma línea pues dice que el delito de malversación de caudales públicos se ha movido siempre entorno al confusionismo.

### 1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido ha sido objeto de debate y de evolución histórica.

---

<sup>125</sup> Ibídem.

<sup>126</sup> STS 479/1992, de 5 de marzo.

Por un lado, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA<sup>127</sup> entienden que el bien jurídico protegido será el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una Administración prestacional, plenamente sometida al derecho y al resto de los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento, debiendo cumplir la Administración unos fines derivados de la concepción constitucional del Estado social y de derecho, cuya desviación debe ser amparada penalmente.

Por otro lado, MUÑOZ CUESTA<sup>128</sup> entiende que la infidelidad de los funcionarios con la Administración puede ser reprochable desde el punto de vista ético o moral, pero no desde la óptica jurídico-penal, que se rige por la defensa de los intereses generales, materialmente concretados y de carácter objetivo.

Esta parte comparte la postura defendida por MORALES PRATS y MORALES GARCÍA. Entiendo que en este tipo de delitos se intenta proteger el correcto funcionamiento de la Administración, pues es un servicio público, la confianza que depositan los ciudadanos en ella supone una obligación para con los mismos. La sociedad confía en que la Administración gestione de manera correcta y honesta los fondos públicos, para que los utilicen en servicios para los ciudadanos.

La jurisprudencia sigue esta misma línea en reiteradas sentencias<sup>129</sup> del Tribunal Supremo, entendiendo como bien jurídico del delito la indemnidad del patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y, sobre todo, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios.

### 2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del delito de malversación de caudales públicos supone un debate doctrinal que persiste, arguyendo dos posturas principalmente<sup>130</sup>. La primera de ellas es la que opta por un carácter más patrimonialista, que curiosamente es la doctrina más

---

<sup>127</sup> MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., “*Los delitos contra la Administración Pública. De la malversación*”, comentarios al nuevo Código Penal, Pamplona, 1996, págs. 1889-1890.

<sup>128</sup> MUÑOZ CUESTA, J., “*Malversación impropia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 14 de febrero de 2005*”, disponible en < <http://www.aranzadigital.es>>, 31 de enero de 2018

<sup>129</sup> Entre otras, STS 1237/1993, de 27 de mayo; 676/1997, de 13 de mayo; 1237/1997, de 14 de octubre; y 1875/2000, de 1 de diciembre.

<sup>130</sup> RODRIGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., “*Delitos contra la Administración...*”, ob.cit., pág. 310.

antigua, mientras que las nuevas corrientes abogan por la infracción del deber. Actualmente la corriente que cobra más fuerza es la del carácter patrimonial de este delito.

Ciertamente tiene un carácter patrimonial este delito, pero está vinculado a la naturaleza especial del sujeto, al ser funcionario público cuyo deber de fidelidad le incumbe. Así lo entiende también el legislador, pues, de no serlo, no habría encuadrado este tipo de delito en el Título XIX del Libro II del Código Penal, sino en el Título XIII, relativo a los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico.

La naturaleza dual de este delito puede entenderse, puesto que es un delito contra la función pública y contra el patrimonio, más aún cuando en la nueva regulación del artículo se incluye el artículo 252 del Código Penal.

### **3. Modalidades típicas**

#### **3.1 Malversación propia**

Está regulada en los artículos 432 a 434 del Código Penal.

##### **3.1.1 Sujeto Activo**

La denominamos como malversación propia puesto que el sujeto activo es un funcionario o autoridad a efectos penales. Como consecuencia de esto, podemos decir que la malversación de caudales públicos es un delito especial, al ser limitado el círculo de posibles autores del delito.

Como ya hemos mencionado anteriormente en este trabajo, el concepto de funcionario público y autoridad vienen recogidos en el artículo 24 del Código Penal. No haremos un análisis general de ambos términos puesto que ya se ha realizado previamente, pero sí vamos a destacar que el concepto penal de funcionario no acompaña al sujeto como si se tratara de un estatuto personal, sino que tiene un aspecto “funcional”, esto es, debe entenderse como



funcionario a la persona que esté actuando bajo el ejercicio de sus funciones, no debiendo entenderse como tal cuando actúa como particular<sup>131</sup>.

En esta línea, la jurisprudencia amplía y especifica qué sujetos pueden ser considerados como funcionarios a efectos jurídico penales, así como los funcionarios interinos<sup>132</sup>, personal laboral<sup>133</sup>, concejales electos antes de la formación de la corporativa municipal<sup>134</sup> o incluso al secretario de una cofradía de pescadores<sup>135</sup>.

En esta misma línea MUÑOZ CONDE<sup>136</sup> entiende que también resulta interesante la figura del *funcionario de hecho*, en tanto que sus acciones son equiparadas a las cometidas por funcionarios de derecho.

### 3.1.2 Objeto material

Tras la reforma efectuada con la LO 1/2015, de 30 de marzo, no dice nada acerca de la relación que debería existir entre el funcionario y el patrimonio público, a diferencia de como ocurría en la regulación anterior, en la que se exigía en su tenor literal la existencia de una relación entre los caudales públicos y el funcionario público o autoridad.

Los caudales o efectos públicos debían estar «a cargo de la autoridad o funcionario público por razón de sus funciones». Por lo tanto, la interpretación de las expresiones «tener a su cargo» y «por razón de sus funciones» resultaba determinante para la correcta comprensión del tipo<sup>137</sup>. La expresión «tener a cargo» remitía al deber de conservación, custodia o inversión, en virtud del cual se aseguraba la capacidad para dar cumplimiento a los fines tutelados. Esta prescripción legal determinaba un cierto grado de disponibilidad por parte del funcionario o autoridad pública.

---

<sup>131</sup> MIR PUIG, C., “La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, 2015, pág. 202, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>>, 3 de febrero de 2018

<sup>132</sup> STS 238/2010, de 17 marzo.

<sup>133</sup> STS 866/2003, de 16 junio.

<sup>134</sup> STS 1952/2000, de 19 diciembre.

<sup>135</sup> STS 874/2006, de 18 septiembre.

<sup>136</sup> MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal, Parte Especial,” 20.ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág.842.

<sup>137</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Artículo 432” en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Código Penal comentado, ed. Bosch, Barcelona, 2012, págs. 1527-1534

Para la jurisprudencia, esta disponibilidad era necesaria pues entendía que no valía con la mera posesión, el acceso no tenía por qué ser inmediato, pero sí llegar al punto de obtener una disponibilidad jurídica, saber qué hacer y cómo hacerlo<sup>138</sup>.

A pesar de esto, con la nueva regulación MIR PUIG<sup>139</sup> entiende que no ha cambiado nada, ya que, “al remitir el artículo 432.1 al artículo 252, que castiga la administración desleal patrimonial, o sea, la infracción por el sujeto activo del deber de lealtad referido a la extralimitación de las facultades de administración de un patrimonio ajeno que causa un perjuicio del patrimonio administrado, y el artículo 432.2 remitir al 253 CP, que regula la apropiación indebida, en el que también se presupone en la mayoría de los casos de infracción de un deber de fidelidad por parte del sujeto activo, la situación, en realidad no habría cambiado nada, pudiéndose seguir manteniendo, dada la semejanza o similitud existentes entre el funcionario público y el administrador, la exigencia de una competencia específica del funcionario respecto al patrimonio público”.

Por otro lado, están los que entienden que basta con una competencia más genérica; se podía entender que toda entrega o tenencia ejercida en el seno de la función pública podía servir de fuente legítima a la que anclar el objeto del ilícito<sup>140</sup>.

Desde el punto de vista jurisprudencial, aún no hay un criterio a seguir, pues la gran mayoría de sentencias del Tribunal Supremo son en base a la regulación anterior, por lo que esta nueva regulación está por ver la dinámica que sigue tanto la doctrina y la jurisprudencia.

Existe un **acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 mayo de 2017**<sup>141</sup>, en el que se establece que los fondos de sociedades mercantiles publicas serán objeto de malversación cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas y cuando esté participada mayoritariamente cuando presten directa o indirectamente servicios públicos, se encuentre sometida al control de la Administración y haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante.

---

<sup>138</sup> STS 1026/2009, de 16 octubre.

<sup>139</sup> MIR PUIG, C., “*La malversación y el nuevo delito de Administración...*”, ob. cit., pág. 204.

<sup>140</sup> ROCA AGAPITO, L., “*El delito de malversación de caudales públicos*”, ed. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 155-156.

<sup>141</sup> STS 558/2017, de 13 de julio.

### 3.1.3 Conducta típica

El tenor literal del derogado delito de malversación permitía distinguir dos modalidades delictivas diferentes: una activa consistente en sustraer, y otra omisiva que radicaba en consentir que otro sustraiga<sup>142</sup>. Con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha cambiado la conducta típica de este delito, posiblemente el cambio más significativo.

#### a) Tipo objetivo

Conforme al Código Penal vigente, dos son los supuestos en los que un sujeto puede incurrir en el delito de malversación.

En primer lugar, el 432.1 CP nos dice que es considerado como reo de malversación aquel funcionario o autoridad pública que cometa los hechos constitutivos del delito del art. 252 CP sobre el patrimonio público. Es decir, los funcionarios o autoridades públicas que cometan la conducta ilícita del delito de administración desleal de patrimonio ajeno sobre el patrimonio público incurrir en un delito de malversación. La remisión que hace el artículo 432.1 CP debe referirse exclusivamente al número 1 del artículo 252, y no al número 2, que es un delito leve atenuado de administración desleal<sup>143</sup>.

La conducta típica para este art. 432.1 CP consiste en la producción de un menoscabo al patrimonio público provocado por un ejercicio exorbitado de las funciones encomendadas<sup>144</sup>.

A través de esta remisión explícita que el legislador realiza al art. 252 CP, el delito de malversación hereda las complejidades interpretativas que el delito de administración desleal de patrimonio ajeno posee. No se realiza por lo tanto una numeración taxativa de las modalidades de acción, sino que se acude al resultado lesivo para determinar su introducción en el tipo. El desvalor de la acción recae por tanto en el «infringir excediéndose». Es decir,

---

<sup>142</sup> MORALES PRATS, F., y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*Delitos contra la Administración Pública...*”, ob.cit., págs. 1275-1276.

<sup>143</sup> MIR PUIG, C., “*La malversación y el nuevo delito de Administración...*”, ob. cit., pág. 205.

<sup>144</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “La Reforma de los delitos contra la Administración pública” en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág., 840.

que se realice un ejercicio contrario a los fines idóneos para los que fueron concebidos, de modo que provoquen un perjuicio patrimonial<sup>145</sup>.

Por todo ello, la redacción actual abre la puerta a un catálogo comisivo mayor, ya que la apreciación de los hechos delictivos ahora se vincula a la constatación de un desvalor<sup>146</sup>.

En segundo lugar, el art. 432.2 CP dispone que el funcionario o autoridad pública que cometa los hechos constitutivos de delito del art. 253 es considerado como reo de malversación. De este modo, es el delito de apropiación indebida y su conducta típica, recaída sobre el patrimonio público, las que determinan la comisión del delito del art. 432.2. Al igual que ocurre en el 432.1, el artículo 432.2 solo se remite al apartado primero del artículo 253, ya que el segundo se trata de un delito leve atenuado de apropiación indebida.

En este caso, la conducta típica castiga a los que, en perjuicio de otro, en este supuesto el patrimonio público, se apropiaren para sí o para un tercero de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble que hayan recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

En este punto resulta interesante destacar que la redacción actual del delito de apropiación indebida ha sido también modificada por la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, a fin de poder eliminar dudas y tensiones interpretativas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, respecto al límite de esta figura con el delito de administración desleal<sup>147</sup>.

### **b) Tipo subjetivo**

El delito de malversación, desde la óptica de los elementos subjetivos, sigue manteniendo una estructura de comisión dolosa, coincidente con la presente en los delitos de

---

<sup>145</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra el patrimonio...”, ob.cit., págs. 416-420; GILI PASCUAL, A., “Administración Desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 773-774; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., “Defraudaciones” en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), ed. Dykinson, Madrid, 2015, págs. 560 y ss.

<sup>146</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “La Reforma de los delitos...”, ob. cit., pág 1209-1210.

<sup>147</sup> MARTÍNEZ GONZÁLEZ, B., “Artículo 253” en ROMA VALDÉS, A., (dir.) Código Penal Comentado. Comentarios tras las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, ed. Bosch, Barcelona, 2015, pág. 432.

los arts. 252 y 253 CP <sup>148</sup> . La imprudencia no se incrimina y el dolo eventual en este supuesto sí que sería posible.

Para MIR PUIG<sup>149</sup> nos encontramos ante un delito de daño patrimonial, sin que sea necesario el ánimo de lucro en el 432.1 en relación a la administración desleal. En cambio, en el delito de apropiación indebida entiendo que la referencia es mucho más explícita, siendo necesario el enriquecimiento, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto.

En esta línea opina GONZÁLEZ CUSSAC<sup>150</sup>, argumentando que en el delito de apropiación indebida se refleja el principio de *animus rem sibi habendi* y por ende es exigida para la apreciación de la conducta ilícita y que, precisamente éste animo de apropiación es lo que distingue la malversación de los comportamientos en los que solo concurre un *animus utendi*, como puede ser el caso de la distracción para finalidades ajenas a la función pública del patrimonio público, que deben subsumirse en la administración desleal.

Sin embargo, existe otro punto de vista que no compartimos pero hemos de poner de manifiesto, como es el de ACALE SÁNCHEZ<sup>151</sup>, que considera que la reforma del artículo 432 ha eliminado el ánimo de lucro, dejando de ser elemento del tipo subjetivo. El problema en esta postura es que, precisamente el ánimo de lucro, es lo que promueve la actividad ilícita, por lo que no entiendo un tipo subjetivo sin el elemento del enriquecimiento, ya que es el elemento diferenciador del artículo 432 del resto de artículos.

Por último, MIR PUIG<sup>152</sup> entiende que, bajo la actual reforma del 432, caben las lesiones patrimoniales causadas en comisión por omisión, opinión que hacemos nuestra al considerarla muy acertada, al tener el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público: supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente; la celebración por parte del funcionario de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales; la utilización del patrimonio público sin

---

<sup>148</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XIV. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” en VIVES ANTÓN, T.S., Derecho Penal. Parte Especial, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 420 y 42.

<sup>149</sup> MIR PUIG, C., “La malversación y el nuevo delito de Administración...”, ob. cit., pág. 218.

<sup>150</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XIV. Delitos contra el patrimonio...”, ob.cit., pág. 427-428.

<sup>151</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “Lección 25. Delitos contra la Administración de Justicia (II)” en TERRADILLOS BASOCO, J., (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo III, ed. Iustel, Madrid, 2016, págs. 212-213.

<sup>152</sup> MIR PUIG, C., “La malversación y el nuevo delito de Administración...”, ob. cit., pág. 218.

habilitación presupuestaria; gastos desmesurados en bienes y servicios que no se llegan a prestar o que eran innecesarios; asunción de gastos u obligaciones cuando no se dispone de crédito suficiente para su pago, etc.

### **3.1.4 Tipo agravado**

El apartado 3 del artículo 432 establece que “se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

**a)** se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

**b)** el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

Hay que tener en cuenta que las circunstancias agravantes son de carácter alternativo, vemos la conjunción “o” en vez de “y”, como se regulaba antes de la reforma, por lo que basta cualquiera de esas dos circunstancias para agravar el tipo.

Además, en el 432 *in fine* se prevé un tipo superagravado castigado con la pena en su mitad superior, esto es, penas de prisión de seis años y un día hasta ocho años y penas de inhabilitación absoluta de quince a veinte años, pudiendo llegar hasta la superior en grado, esto es, de ocho años y un día a doce años de prisión e inhabilitación absoluta de veinte a treinta años, cuando el valor del perjuicio causado excediere de 250000 euros.

La primera circunstancia agravante es “que se cause un grave daño o entorpecimiento al servicio público”, y se justifica con base en el perjuicio causado al patrimonio atacado. Es decir, la noción de daño se concibe como la materialización de una lesión que trasciende los límites de la levedad temporal y/o material. Por su parte, conforma el entorpecimiento todo

retraso en que se incurra a la hora de prestar servicios cuya asignación ya se haya fijado en la descripción por parte de la Administración. Este elemento ha de ser probado y, junto a él, ha de acreditarse también la relación de causalidad existente entre la conducta de apropiación y el daño o entorpecimiento al servicio público<sup>153</sup>.

La segunda, “que el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros”, aunque a tenor del precepto se entiendan exclusivamente cantidades pecuniarias, se ha de realizar una interpretación más amplia; se deben *monetizar* los perjuicios causados a fin de poder redirigirlos, intentando construir un criterio objetivo que relacione los términos de valor económico, daño producido y pena<sup>154</sup>. En este apartado se incluye también el tipo superagravado.

En relación con las ausencias en los tipos agravados tras la reforma, se eliminan las circunstancias relativas a casos en los que se malversen “cosas declaradas de valor histórico o artístico” o “destinadas a aliviar los efectos de alguna calamidad pública”, lo cual no se comprende.

### 3.1.5 Tipo atenuado

El artículo 433 CP establece: “Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros”.

Nos encontramos ante un tipo atenuado de malversación, tanto de la configurada como administración desleal (432.1CP) como de la modalidad de carácter apropiativa (432.2) cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes apropiados no supere los 4000 euros.

---

<sup>153</sup> ROCA AGAPITO, L., “*El delito de malversación de caudales públicos*”, ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 209.

<sup>154</sup> *Ibídem*.

Jurisprudencia muy reciente ha condenado a dos sujetos como autores de un delito de malversación de fondos públicos con cuantía inferior a 4000 euros, a la pena de un año de prisión<sup>155</sup>.

El artículo 434 CP establece: “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados”.

Nos encontramos ante una atenuante muy cualificada o una semiexcusa absolutoria que puede dividirse en tres conductas distintas.

La primera de ellas es la reparación del daño causado por el sujeto activo del delito de modo efectivo e íntegro. Esta atenuante está relacionada directamente con la crisis económica del país, lo cual es una decisión de política criminal. Cabe destacar que no pone fecha límite a la hora de reparar el daño, como ocurre con la atenuante 5ª del artículo 21, que tiene un límite temporal (antes del acto del juicio oral).

La segunda es la colaboración activa con las autoridades para obtener pruebas decisivas e identificar a otros responsables. Algunos autores critican que el articulado hable de colaboración activa, en vez de colaboración eficaz, así como que no se haga referencia a la obtención de pruebas.

La tercera es que haya colaborado activamente con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos. Como ocurre en la anterior, no se exige que se obtenga el esclarecimiento, sino la mera colaboración activa.

### 3.2 Malversación impropia

La malversación impropia está regulada en el artículo 435 CP que reza así: “Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

---

<sup>155</sup> STS 19/2018, de 17 de enero.



1. ° A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.

2. ° A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3. ° A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

4. ° A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley”.

Tras la reforma efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha añadido el apartado 4º al incluir a los administradores concursales como sujetos activos del delito de malversación.

La malversación impropia se diferencia de la propia en que el sujeto activo no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la Ley asimila al funcionario, de modo que solo es funcionario de manera ficticia<sup>156</sup>, pero le son de aplicación las penas previstas en los apartados anteriores al igual que a un funcionario público. Asimismo, en el apartado tercero de este artículo, vemos que hay bienes de carácter privado, sin embargo, a efectos de este delito tendrán la consideración de públicos.

Vamos a hacer un estudio de cada apartado del artículo 435, analizando el sujeto activo, el alcance, la dimensión que contempla, etc.

En el primer apartado (“**A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas**”), lo principal es el verbo “encargar”, que “deberá entenderse como encomienda específica sobre unos determinados bienes y con un alcance delimitado”<sup>157</sup>.

El sujeto activo es un particular asemejado legalmente al funcionario, incluido el funcionario de hecho, cuyo encargo sí que debe ser efectuado por un funcionario público o

---

<sup>156</sup> MIR PUIG, C., “*La malversación y el nuevo delito de Administración...*”, ob. cit., pág. 218.

<sup>157</sup> *Ibídem*.

autoridad competente. A modo ejemplificador, pueden ser sujetos activos titulares de agencias ejecutivas de recaudación, personal de una entidad bancaria colaboradora en el cobro de impuestos, el titular de una administración de loterías que se apropia de la liquidación de varios sorteos<sup>158</sup>, etc.

En el apartado segundo (**“A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos”**), el sujeto activo es un particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos. Lo importante del precepto es estar “legalmente designado”, no vale cualquiera y para estar legalmente designado debe constar en una norma jurídica. Un ejemplo de esto lo encontramos en el graduado-habilitado social que es depositario administrador *ex lege* de pensiones a él remitidas para que las pague a sus respectivos perceptores; “aunque no sea funcionario público propiamente dicho, lo es a efectos ficticios (...) asimilar la condición de funcionario público el que por autoridad pública hubiera sido designado depositario administrador de determinados bienes, y por otro lado, la de atribuir el carácter de caudales públicos a bienes que naturalmente no lo tienen. En este caso los bienes son originariamente públicos y el sujeto activo es funcionario *ope legis* a los efectos de tener en depósito y administrar tales bienes hasta su entrega al perceptor legalmente designado”<sup>159</sup>.

En el apartado tercero (**“A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”**), el sujeto activo es un particular administrador o depositario de bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, de propiedad privada.

Esta es la modalidad más evidente y ejemplificadora de malversación impropia, pues ni el sujeto es funcionario ni los bienes son públicos, pero el Código los asimila. A su vez, ha sido el más criticado por la doctrina y el que más resoluciones judiciales ha generado.

Esta modalidad es conocida como “quebrantamiento de embargo” o “quebrantamiento de depósito”, y se caracteriza para la jurisprudencia por una doble ficción, pues se entiende que el particular a quien le han encargado tales funciones tiene la consideración de funcionario público y que los bienes embargados secuestrados o depositados por la autoridad

---

<sup>158</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo de 1997.

<sup>159</sup> STS 30 de noviembre de 1992.

pública tienen la consideración de caudales, por lo que estos sujetos constituyen una modalidad distinta a las anteriores<sup>160</sup>.

En el apartado cuarto (**“A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley”**), esta modalidad se ha incluido con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo incluyendo expresamente a los administradores concursales como sujeto activo. Sin embargo, un sector de la doctrina<sup>161</sup> entiende que este nuevo apartado es innecesario, ya que en el apartado 3 tienen cabida los administradores, y el administrador concursal es un administrador. Como dice MIR PUIG<sup>162</sup>, “no hay que olvidar que el artículo 1785 del Código Civil establece el aseguramiento de los bienes acordado por autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro, *ergo*, los administradores concursales lo son respecto de los bienes secuestrados como dispone el 453.3”.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia ya ha aplicado el delito de malversación impropia del 453.3 CP a un administrador judicial<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., “*Delitos contra la Administración Pública*”, ob.cit., pág. 338.

<sup>161</sup> ROCA AGAPITO, L., “*El delito de malversación de...*” ob.cit., pág. 928.

<sup>162</sup> MIR PUIG, C., “*La malversación y el nuevo delito de Administración...*”, ob. cit., pág. 232.

<sup>163</sup> STS 2395/2001, de 12 de diciembre.

### VII. CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Durante todo el trabajo hemos estado hablando del problema de la corrupción y el protagonismo que ha cobrado en los últimos tiempos, convirtiéndose en un fenómeno generalizado de nuestra época debido al elevado coste que supone para la vida pública de cualquier Estado. Cuando políticos y funcionarios utilizan su autoridad y sus medios en beneficio propio, actuando solos o conjuntamente, desviando recursos, perdiendo papeles u ofreciendo regalos, generan una alarma social por parte de la ciudadanía hacia estas personas en quienes han confiado y que les traicionan no actuando con rectitud en el ejercicio de su cargo, creando una controversia que pone en quiebra el propio sistema.

**SEGUNDA.-** La reforma del Código Penal operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, ha materializado un esfuerzo considerable en la lucha contra la corrupción. El endurecimiento de las penas en todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública ha sido evidente. Además del endurecimiento de las penas se han incrementado las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público en los delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraudes y exenciones legales entre otros. Se ha añadido también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a aquellos delitos que llevan aparejada la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, impidiendo de esta manera que los condenados por este tipo de delitos puedan optar, durante un determinado tiempo, a cualquier cargo electivo.

Por otro lado, se ha establecido una previsión especial en materia de libertad condicional, de tal manera que podrá negarse la misma cuando el penado por alguno de estos delitos hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración.

La corrupción es un problema que excede de nuestras fronteras, por lo que resulta necesario afrontar este problema desde una perspectiva internacional. Esta reforma ha tenido como impulsor adaptarse a la normativa internacional contra la corrupción para conseguir una armonización legislativa, cooperación y coordinación entre Estados con el fin de combatirla desde todos los ámbitos, desde la crisis financiera hasta la erradicación de la pobreza.

**TERCERA.-** Los preceptos incluidos en el Título XIX del Libro II del Código Penal tienen como finalidad proteger a la Administración Pública, no entendiéndola como organización, sino como instrumento al servicio de los ciudadanos, como la encargada de satisfacer las demandas de la comunidad.

Para que esto se produzca es necesario que los funcionarios realicen sus funciones de manera honesta, rigiéndose por un código ético, sin que intercedan en el ejercicio de las mismas sus intereses personales. La Administración no genera problemas por sí sola, son las personas que trabajan en ella las culpables de que pueda tener un comportamiento viciado, que perjudique el beneficio de la sociedad, debido a la cualificación especial que ostentan por razón de su cargo.

Es necesario que los funcionarios se conciencien de la enorme responsabilidad y compromiso que conlleva su actuación para con la sociedad, pero el hombre, desde siempre, ha sido frágil y se ha corrompido, por lo que la única manera de evitar estos sucesos son adoptar medidas en pro de la transparencia, la publicidad y el libre acceso de los ciudadanos a los procesos y motivos de las decisiones públicas. El derecho a la información y a la transparencia de los asuntos públicos es indispensable en un Estado democrático.

**CUARTA.-** Respecto al delito de prevaricación administrativa, es necesario para su punibilidad que se dicte una resolución injusta y arbitraria, a sabiendas de su ilicitud, por un funcionario público o autoridad. Para que el Derecho Penal actúe es necesario que se cumplan estos requisitos pues, en virtud del principio de intervención mínima, debe reservar su actuación para los casos más graves, dejando el resto en manos del Derecho Administrativo, como puedan ser las ilegalidades administrativas.

Para que se consuma el delito de prevaricación es necesario que la resolución sea “a sabiendas de su ilicitud”, excluyendo así la imprudencia como causa de la consumación, como ocurre en ilegalidades administrativas, estableciendo como requisito único para su consumación una conducta dolosa, incluido el dolo eventual. El autor debe ser consciente y asumir que, con dicha actuación, está ocasionando un resultado materialmente injusto. Si no incluyéramos el dolo eventual como elemento subjetivo para la consumación del tipo, existirían situaciones que pondrían en riesgo la honestidad de actuación del funcionario, produciendo resultados ventajosos injustos sin perjuicios penales severos. Por definición, al delito de prevaricación únicamente le interesan las resoluciones ilegales, y ante ello, el dolo eventual puede ser causa de la consumación del tipo, aunque lo cierto es que será difícil demostrar que se ha actuado “a sabiendas”; pero ello no exime su culpabilidad.

Por último, la problemática de la comisión por omisión en el delito de prevaricación administrativa sigue estando en debate para la doctrina. Entendemos que, cuando hablamos del delito de prevaricación administrativa, nos referimos a un delito de mera actividad, impidiendo que pueda realizarse por omisión. Sin embargo, entendemos que, en los casos en los que el funcionario tenga la obligación de realizar una determinada actividad administrativa, y su omisión tenga efectos equivalentes a su denegación, se entenderá cometido el delito en comisión por omisión. Aunque se trate de un delito de mera actividad, la interpretación jurídico-penal debe tener unos límites, los cuales no pueden servir para que determinados empleados públicos tengan inmunidad en su actuación.

**QUINTA.-** En cuanto al delito de cohecho, debemos distinguir dos tipos de cohecho en función de quién lleva la iniciativa corruptora. De un lado, el cohecho activo, en el que la iniciativa la toma el particular, con la intención de corromper al funcionario. De otro, el cohecho pasivo, aquel que se da cuando el autor del delito es el funcionario o autoridad que solicita o acepta un soborno. Respecto a esta última modalidad, pueden destacarse cuatro modalidades: cohecho propio, impropio, subsiguiente o de recompensa, y de facilitación.

Tal y como ya hemos expresado anteriormente, no es necesario que se ejecute la conducta tipificada, basta con que la autoridad o funcionario público acepte o solicite la recompensa. El simple ofrecimiento de los regalos lleva implícito la obtención de un trato

favorable o ventajas personales en el futuro, pues se realizan por el cargo que ostenta el funcionario y no de manera desinteresada; por todo esto, nos encontramos ante un delito de mera actividad.

En cuanto a las dádivas o regalos, hay que destacar que no necesariamente tienen que ser tangibles de valoración económica, simplemente debe suponer un beneficio, para sí o para un tercero, capaz de corromper al funcionario para que actúe de determinada manera en relación con la función pública que desempeña. Esto supone que no toda aceptación de los regalos sea constitutiva del delito, ya que en ocasiones pueden recibir obsequios socialmente admitidos y con lo que no se compra el favor de la autoridad.

En lo referente al tipo subjetivo, nos encontramos ante un delito doloso, el cual puede cometerse por dolo directo, pero no cabe el dolo eventual como ocurre en la prevaricación. Sin embargo, pueden darse situaciones en las que el autor tenga la voluntad de cometer el tipo pero no lo consiga debido a un error vencible; en estos casos el delito se castigará en grado de tentativa.

**SEXTA.-** En cuanto al delito de tráfico de influencias, hemos observado que existen criterios dispares en la doctrina en cuanto al bien jurídico protegido por el delito. Nos hemos decantado por la opinión que aboga por defender la imparcialidad y el interés general de la colectividad, pues entendemos que las decisiones que afectan a la colectividad están en el centro del interés de protección penal.

Hemos diferenciado las diferentes conductas existentes en función de quien las realiza, pero no vamos a ahondar más en ello en este punto. La realidad es que se han endurecido las penas en este tipo de delito pero el problema radica en que hay una práctica habitual arraigada en la sociedad para conseguir beneficios o ventajas de la Administración Pública y, realmente, aun habiéndose aumentado las penas, las cuales sigo pensando que son demasiado generosas, no se han tomado verdaderas decisiones políticas y legislativas para castigar estos delitos, por la trascendencia que tienen en la sociedad y los perjuicios que pueden llegar a ocasionar. Quizá una posible solución sería articular una norma en el sentido que está redactado el delito de cohecho, considerando el activo y pasivo; así evitaríamos la impunidad del funcionario influido, y las decisiones contrarias a derecho, así como las justas.

**SÉPTIMA.-** Respecto al delito de malversación de caudales públicos, hemos realizado un análisis de la reforma del precepto que se introdujo con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la que ha variado el objeto material, los tipos agravados y fundamentalmente la conducta típica.

El cambio producido respecto a la conducta típica ha producido una desvirtuación de la norma, pues antes regulaba unos hechos concretos y ahora remite a otro precepto del Código Penal, el cual se encuentra en un Capítulo diferente, por lo que el tipo penal se mueve en un abanico entre los delitos contra la Administración Pública a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

El aumento de las penas con la inclusión del tipo agravado y el tipo superagravado es notable. Sin embargo, no entiendo por qué se han excluido las circunstancias agravantes de bienes de interés artístico, cultural y/o destinado a paliar calamidades públicas. En cuanto a las conductas tendentes a reducir la pena, resulta bastante llamativa la gran reducción que puede llegar a ocurrir sin especificar que exista una colaboración eficaz, que se obtengan pruebas o se consiga el esclarecimiento, aunque jurisprudencialmente sentarán las bases sobre este tema, además de políticamente, pues el mensaje que se envía a la sociedad es de tolerancia cero, el cual no se cumpliría si se aplican estas conductas atenuadas pudiendo ir acompañadas de atenuantes del 21 CP o incluso de un pacto de conformidad.

**OCTAVA.-** Para finalizar, habiendo expuesto las consecuencias de la corrupción, e incluso los altísimos costos que suponen para la ciudadanía, vemos necesario un cambio de mentalidad en la sociedad y en cada uno de nosotros. La principal medida contra la corrupción es la educación. Resulta lamentable que todavía exista una actitud social tendente a agasajar funcionarios, generando focos de conflictos y corrupción. El funcionario debe mostrar mucha más resistencia a la hora de ofrecerse para aceptar favores, el factor humano es el que va a decidir si se traspasa la línea o no.

Es necesario concienciar a la sociedad de que el erario público es sagrado. Se deben lanzar campañas de tolerancia cero en materia de corrupción porque, si no se erradica esta conducta, el problema de la corrupción y la desconfianza va a ser cada vez mayor, y la credibilidad que tenga la Administración irá en decadencia.



Los ciudadanos demandan jueces y fiscales que resuelvan sus problemas, y para ello es necesario, además de una adecuada formación, una cierta actitud para abordar cualquier cuestión y enfrentarse con profesionalidad e imparcialidad a todos los problemas de corrupción existentes, aplicando la ley sin distinción, tal y como espera la sociedad de nosotros; pero, para conseguir esto, es necesario tener fuertes convicciones. En vez de demandar tantos jueces y fiscales para que resuelvan los problemas, quizá habría que invertir en el principal capital, el humano.

### VIII. BIBLIOGRAFIA

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Lección 25. Delitos contra la Administración de Justicia (II)” en TERRADILLOS BASOCO, J., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, ed. Iustel, Madrid, 2016.
- ARRIBAS LÓPEZ, E., “El cohecho impropio después de la reforma del Código Penal”, en *Diario la Ley*, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2011, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y Otros, “*Comentarios al código penal*”, 1ª edición, ed. Iustel Madrid 2007.
- BLANCO CORDERO, I., “*Del cohecho*”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir), “*Comentarios al Código Penal*”, ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- BLANCO CORDERO, I., “*LA reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas*”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>
- CABELLO MOHEDANO, F. “Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias”, *Estudios penales y jurídicos, homenaje al profesor CASAS BARQUERO*, E., Córdoba, 1996.
- CARDONA TORRES, J., “*Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*”, ed. Bosch, Barcelona, 2010.
- CASAS BARQUERO, E., “Tráfico de influencias”, *Estudios penales en memoria del profesor FERNANDEZ-ALBOR*, Universidad Santiago de Compostela 1989.
- CASTRO LIÑARES, D., “*Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre*”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2016, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Artículo 432” en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado*, ed. Bosch, Barcelona, 2012.
- DE LA MATA BARRANCO, N.L., “*La respuesta a la corrupción pública: tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella.*

*Reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo*”, ed. Comares, Granada, 2004.

- COBO DEL ROSAL, M., “*Derecho penal parte especial*”, 2ª edición, Madrid, 2005.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, “*Derecho Penal. Parte General*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- CORDOBA RODA, J., y GARCIA ARÁN, M., “*Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*”, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004.
- FAMILIAR SÁNCHEZ, A., “*LA prevaricación administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº1, Sección comentarios de jurisprudencia, Tomo I, enero, 2002, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J. (coords), “*Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*”, ed. Bosch, 1998, Barcelona.
- GARCÍAS PLANAS, G., “El nuevo delito de tráfico de influencias”, *revista del Poder Judicial*, núm. 29, ed. Dykinson, 1993, Madrid.
- GARCÍA VALDÉS, C. “*Derecho penal práctico: Parte especial*”, Ed. Universitaria Areces, Madrid 1999.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*”, ed. Edisofer, Madrid, 2011.
- GARCIA VALDES, CARLOS, “*Una aproximación a los delitos contra la Administración Estatal*”, *Estudios Penales – homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suarez Montes*, ed. Constituto Criminalis, Carolina, 2013.

- GARCIA PAZ, D., y JIMÉNEZ VACAS, J.J., “*Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español*”, en Diario La Ley, Sección Tribuna, 26 de Marzo de 2014, disponible en <<http://www.laleydigital.laley.es>>
- GILI PASCUAL, A., “*Administración Desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)*” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “*Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual*”, en *Política Criminal y Reforma Penal*, ed. Edersa, Madrid, 1993.
- GÓMEZ BERMÚDEZ, J., Ponencia “*Prevención y Sanción de la Corrupción Pública y Privada*”, 2010, pág. 686 y ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “*El delito de prevaricación de funcionario público*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “*Lección XIV. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*” en VIVES ANTÓN, T.S., Derecho Penal. Parte Especial, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- JAVATO MARTÍN, A.M<sup>a</sup>., “*El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales*”, Revista jurídica de Castilla y León, nº 23, Enero, 2011.
- LAMARCA, C.; ALONSO ESCAMILLA, A.; GORDILLO, I.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., “*Derecho Penal. Parte especial*”, ed. Colex, 3ª Edición, Madrid, 2008.
- LAMARCA, C.; ALONSO ESCAMILLA, A.; GORDILLO, I.; MESTRE DELGADO, E.; RODRIGUEZ NUÑEZ, A., “*Derecho Penal. Parte especial*”, ed. Colex, 6ª Edición, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, B., “*Artículo 253*” en ROMA VALDÉS, A., (dir.) Código Penal Comentado. Comentarios tras las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, ed. Bosch, Barcelona, 2015.

- MESTRE DELGADO, E., “*Delitos contra la Administración Pública*”, en LAMARCA PÉREZ, C., (coord.), “*Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal*”, ed. Colex, Madrid, 2012.
- MIR PUIG, C., “*El delito de cohecho en la reforma del Código Penal*”, Diario la Ley, número 7603, de 4 de abril de 2011.
- MIR PUIG, C., “*La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español*”, 2015, disponible en <http://www.laleydigital.laley.es>
- MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*”, ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., “*Los delitos contra la Administración Pública. De la malversación*”, comentarios al nuevo Código Penal, Pamplona, 1996.
- MORALES PRATS, F., y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*Delitos contra la Administración Pública*”, en QUINTERO OLIVARES, g. (Dir), “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”, ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte especial*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal, Parte Especial*,” 20.ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, J., “*Malversación impropia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 14 de febrero de 2005*”, disponible en <http://www.aranzadidigital.es>
- NIETO MARTÍN, A., “*Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*”, ed. Tecnos, 2010.
- OLAIZOLA NOGALES, I., “*El delito de cohecho*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “*Lecciones de derecho penal parte especial*”, adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid, 2011.

- POZUELO PEREZ, L.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (Director), “*Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011 de 28 de enero*”, ed. Civitas, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “*Derecho penal español. Parte especial*”, ed. Atelier, Barcelona, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “*El concepto penal de funcionario público*”, en CPC, nº 27, 1985.
- ROCA AGAPITO, L., “*El delito de malversación de caudales públicos*”, ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., “*Defraudaciones*” en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., “*Delitos contra la Administración Pública*”, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*El delito de cohecho: Problemática Jurídico-Penal del soborno de funcionarios*”, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «La Reforma de los delitos contra la a
- Administración pública» en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. “*Derecho Penal. Parte Especial. 10ª edición*”, ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>., “*El delito de omisión. Concepto y sistema*”, ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, R. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “*Lecciones de Derecho Penal. Tercera Edición. Parte Especial.*”, ed. Atelier, Barcelona, 2011.
- SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. y Otros, “*Manual de derecho penal parte especial*”, 4ª edición, ed. Civitas, Navarra, 2006.
- SUÁREZ – MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.)/ JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., “*Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*”, ed. Civitas, Pamplona, 2011.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., “*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*”, ed. Edersa, Madrid, 1996.

### IX. JURISPRUDENCIA

- **Sentencias Tribunal Supremo:**

- STS 4242/1979, de 16 de noviembre
- STS 479/1992, de 5 de marzo
- STS 30 de noviembre de 1992
- STS 1237/1993, de 27 de mayo
- STS 30/1994, de 21 de enero
- STS 512/1994, de 9 de marzo
- STS 8036/1994, de 8 de octubre
- STS 1826/1994, de 18 de octubre
- STS 30 de mayo 1995 (RJ 1995, 4506)
- STS 84/1996, de 5 de febrero
- STS 1534/1997, de 10 de marzo
- STS 676/1997, de 13 de mayo
- STS 1237/1997, de 14 de octubre
- STS 391/1998, de 16 de marzo
- STS 674/1998, de 18 de julio
- STS 766/1999, de 4 de diciembre;
- STS 1875/2000, de 1 de diciembre
- STS 1952/2000, de 19 diciembre
- STS 28/2001, de 28 de marzo
- STS 1335/2001, de 19 de julio
- STS 2025/2001, de 29 de octubre
- STS 2395/2001, de doce de diciembre
- STS 537/2002, de 5 de abril
- STS de 27 de enero de 2003
- STS 866/2013, de 16 de junio
- STS 480/2004, de 7 de abril
- STS 575/2004 de 11 de mayo
- STS 37/2006, de 25 de enero



- STS 208/2006, de 20 de febrero
- STS 335/2006, de 24 de marzo
- STS 627/2006, de 8 de junio
- STS 874/2006, de 18 septiembre
- STS 1096/2006, de 16 de noviembre
- STS 362/2008, de 13 junio
- STS 363/2008, de 13 de junio
- STS 761/2009, de 30 de junio
- STS 723/2009, de 1 de julio
- STS 1026/2009, de 16 octubre
- STS 238/2010 de 17 de marzo
- STS 478/2010, de 17 de mayo
- STS de 2180/2010, de 17 de mayo
- STS 1080/2010 de 20 de octubre
- STS 1048/2010, de 30 de noviembre
- STS 186/2012, de 14 de marzo
- STS 1612/2012, de 14 de marzo
- STS 340/2012, de 30 de abril
- STS 300/2012, de 3 de mayo;
- STS 636/2012, de 13 de julio
- STS 731/2012 de 25 de septiembre
- STS 228/2013 de 22 de marzo
- STS 303/2013, de 26 de marzo
- STS 323/2013, de 23 de abril
- STS 619/2013 de 5 de julio
- STS 657/2013, de 15 de julio
- STS 1051/2013, de 26 de septiembre
- STS 743/2013, de 11 de octubre;
- STS 841/2013, de 18 de noviembre
- STS 994/2013, de 11 de diciembre
- STS 990/2013, de 30 de diciembre
- STS 421/2014, de 16 de mayo

- STS 600/2014, de 3 de septiembre
- STS 14/2015, de 16 de enero
- STS 225/2015, de 22 de abril
- STS 411/2015 de 1 de julio
- STS 797/2015 de 24 de noviembre
- STS 795/2016 de 25 de octubre
- Acuerdo Sala Segunda TS 25 mayo de 2017
- STS 558/2017 de 13 de julio
- STS 19/2018, de 17 de enero

- **Sentencias de las Audiencias Provinciales**

- SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo de 1997
- SAP de Barcelona 1999/1690, de 24 de marzo
- SAP de La Coruña 68/2001, de 21 de febrero
- SAP Murcia 30 de mayo de 2007

- **Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia**

- STSJ Andalucía 20 de junio de 2000
- STSJ Cataluña de 3 de enero de 2005